Zur Lehre vom rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot.

...gural-Dissertation

...ur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Johannes Kara
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristisch
Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Allgemeiner Teil.

§ 1. 1. Begriff des Veräußerungsverbots 1
§ 2. 2. Arten der Veräußerungsverbote 3
3. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot.
§ 3. a) Geschichtlicher Rückblick 4
§ 4. b) Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach geltendem Recht 8
4. Ausnahmen von § 137 BGB.
§ 5. a) Insbesondere das Zessionsverbot 16
§ 6. b) Die im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Ausnahmen 19

Besonderer Teil.

§ 7. 1. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot und die Resolutivbedingung (Erfüllungstatsache: Weiterveräußerung) 22
§ 8. 2. Kann dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot durch Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung verliehen werden? . 30
§ 9. 3. Gibt es ein besonders geartetes Treuhändereigentum? 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0027

Literaturverzeichnis.

Böhm, Reichsgrundbuchrecht.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berliner Diss. 1900.

Buth, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1903.

Bürgerliche Gesetzbuch, Das, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1910.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1906.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 1894.

Dernburg, Pandekten. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 1909.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1908.

Glück, Erläuterungen der Pandekten.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1911.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1897.

Heymann, Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr. In der Festschrift für Heinrich Brunner. 1910.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Juristische Wochenschrift.

Kistner, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1903.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1910.

Männer, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1906.

Meyer, Herbert, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen. 1903.

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs 1909 Bd. 18 Heft 2.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 1904.

Philipp, Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot als dingliche Dispositionsbeschränkung nach gegenwärtigem und künftigem Recht. In Blätter für Rechtsanwendung Bd. 64 S. 353 ff., 369 ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1903.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. 1896.

Rabel, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri. In der Festschrift der Universität Basel zur Fünfjahrhundertfeier der Universität Leipzig 1909.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63.

Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 12 S. 176 ff.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 46 S. 59 ff.

Scherer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1897.

Schlegelmilch, Über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Jenaer Diss. 1904.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Teil 2. 1902.

Schöny, Treuhandgeschäfte. Freiburger Diss. 1908.

Schott, Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht. In der Festschrift für Felix Dahn 1905 S. 305 ff.

Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 43 S. 1 ff.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1910.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1900.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1876.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts.

Wollstadt, Die auflösende Bedingung. Heidelberger Diss. 1908.

Wurzel, Die Rechtswirkung der Zuwiderhandlung gegen die gesetzlichen, richterlichen und die durch Rechtsgeschäft begründeten Veräußerungsverbote nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1901.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

1. Begriff des Veräußerungsverbots.

Um zu einer Begriffsbestimmung des Veräußerungsverbots zu gelangen, ist es notwendig, zunächst Klarheit zu schaffen, was unter „Veräußerung“ in dem Wort „Veräußerungsverbot“ zu verstehen ist. Schon im römischen Recht umfaßte der Begriff „alienatio“ etwas Doppeltes. Im engeren Sinne verstand man unter Veräußern die Übertragung eines Rechts auf einen anderen. Die Römer gingen aber noch weiter. Nicht allein die Übertragung eines Rechts auf einen anderen, sondern auch die Belastung, das freiwillige Aufgeben eines Rechts, den Verzicht, faßten sie mit dem einen Wort „alienatio“ zusammen. Zwei Momente sind diesem erweiterten Begriff der Veräußerung wesentlich. Es muß sich um eine willentliche Aufgabe oder Beschränkung eines Rechts handeln. Es scheiden also hier aus die Fälle, in denen jemand ohne seinen Willen, durch eine von ihm nicht gewollte Tatsache ein Recht verliert. Ferner kann ein Recht veräußern nur, wer es in seinem Vermögen hat. Daher ist der Verzicht auf einen erst möglichen Vermögenserwerb keine Veräußerung. Aus diesem Grunde darf man es nicht als alienatio bezeichnen, wenn der Erbe, mit Ausnahme der sui et necessarii heredes, die ihm deferierte Erbschaft nicht annimmt.[1]) Wohl aber liegt alienatio vor, wenn der suus heres, der die Erbschaft ja ipso iure mit dem Erbfall erworben hat, von dem ihm zustehenden beneficium abstinendi Gebrauch macht und sich der Erbschaft wieder entäußert.

---

[1]) vgl. l. 28 pr. D. 50, 16.

Unter Berücksichtigung des vorher Gesagten läßt sich daher alienatio im weiteren Sinne definieren als die durch eine Willenshandlung des Berechtigten erfolgte Beschränkung oder Endigung eines zum Vermögen des Berechtigten gehörenden Rechts.

In diesem Sinne hat auch das gemeine Recht den Begriff „alienatio" gebraucht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich einer Definition des Wortes „Veräußerung". Veräußerung ist aber nach geltendem Recht wesentlich enger zu definieren als nach gemeinem Recht. Heute bezeichnet Veräußerung den dinglichen Vertrag, durch den das Recht an einem Gegenstand auf einen anderen übertragen wird.[2]) Den oben festgestellten, erweiterten Begriff der Veräußerung kennzeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch als Verfügung. Darunter versteht es also „diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird".[3])

Gehen wir nun zu der Frage über, in welcher Bedeutung Veräußerung in dem Begriff „Veräußerungsverbot" zu gebrauchen ist, so schafft uns ein Blick in den Text des Gesetzes selbst Aufklärung. § 137 BGB. sagt: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden . . ." Wenn wir daher von einem Veräußerungsverbot reden, meinen wir nicht nur, daß dem Berechtigten die Übertragung eines Rechts verboten sein soll, sondern wir bringen damit allgemein zum Ausdruck, daß jegliche Rechtsübertragung, Belastung, Änderung, Aufhebung untersagt ist. Richtiger wäre es daher, nicht von Veräußerungsverboten, sondern von Verfügungsverboten zu reden.[4])

Dies vorausgeschickt, können wir die Begriffsbestimmung setzen: „Veräußerungsverbot ist diejenige Anordnung, welche einer Person jede in der Absicht vorzunehmende Handlung untersagt, eine subjektive Beschränkung oder Endigung eines ihr zustehenden Rechts zugunsten eines anderen herbeizuführen".[5])

---

[2]) Endemann Bd. 1 S. 289 Anm. 19.
[3]) Planck Bd. 1 S. 185 f.
[4]) Schott S. 305.
[5]) Wurzel S. 14.

§ 2.

2. Arten der Veräußerungsverbote.

In der Literatur ist es üblich, die Veräußerungsverbote einzuteilen in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche, je nachdem es sich bei dem Verbot um eine Anordnung des Gesetzes, des Richters oder des Willens einer Privatperson handelt. Diese Unterscheidung ist zwar nicht streng logisch,[1]) mehr äußerer Natur, denn im Grunde beruhen alle Veräußerungsverbote auf Gesetz, dieses kann daher nicht wieder dazu dienen, eine Gruppe besonders zu bestimmen. Richtig wird man sich die Einteilung so darzustellen haben, daß für ein richterliches Veräußerungsverbot Voraussetzung ist eine Anordnung des Richters, für ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot der Wille einer Privatperson, während bei dem sogen. gesetzlichen Veräußerungsverbot das Verbot an das Vorliegen eines gewissen, vom Gesetz normierten Tatbestands geknüpft ist.[2])

Cosack (Bd. 1 S. 248 f.) leugnet überhaupt das Vorhandensein gesetzlicher Veräußerungsverbote.

Unter den rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverboten sind wieder zu unterscheiden vertragsmäßige und letztwillige. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot beruht auf Übereinkunft zwischen den Parteien und kann in einem Hauptvertrage statuiert werden oder in einem selbständigen Nebenvertrage einem Hauptvertrage hinzugefügt werden.

Das letztwillige Veräußerungsverbot wird durch eine Verfügung von Todes wegen festgesetzt und kann sowohl dem Erben wie einem Vermächtnisnehmer auferlegt werden.

Eine andere Einteilung als nach der Ursache der Entstehung der Veräußerungsverbote läßt sich noch nach ihrer Wirkung machen. Je nachdem nämlich, ob ein solches Verbot gegen Dritte oder nur unter den Kontrahenten wirkt, unterscheidet man Veräußerungsverbote mit dinglicher und mit obligatorischer Wirkung.

---

[1]) Mot. Bd. 1 S. 212.

[2]) Brütt S. 14.

3. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot.

§ 3.

a) Geschichtlicher Rückblick.

Im älteren römischen Recht[1]) waren Verträge, die die Nichtveräußerung einer Sache sowie überhaupt Beschränkungen des Veräußerungsrechts bezweckten, nichtig.[2]) Ein solches parcum de non alienando hielt man zu Pomponius' Zeiten wohl wegen des mangelnden Interesses des aus dem Vertrage Berechtigten für ungültig.[3]) Ließ sich aber der Berechtigte durch Stipulation die Nichtveräußerung versprechen, so konnte er im Falle der Übertretung des pactum mit der actio ex stipulatu sein Interesse an der Nichtveräußerung geltend machen.[4]) Ihren Abschluß erreichte die Entwicklung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots im römischen Recht in der Kaiserzeit. c. 9 C. 4, 54 erkennt die Gültigkeit des pactum de non alienando an. Es wäre aber verfehlt, wollte man hieraus auf die dingliche Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots schließen. Im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung betrachtet, ist die c. 9 C. 4, 54 nicht mißzuverstehen. Während früher einem pactum de non alienando ganz allgemein rechtliche Wirkung versagt war, der Berechtigte nur bei stipulierter Nichtveräußerung sein Interesse bei einer Übertretung des pactum geltend machen konnte, erkennt das Kaiserrecht eine obligatorische Wirkung des Verbots, auch ohne daß es einer besonderen Stipulation bedurfte, an, läßt es aber, was die dingliche Wirkung anlangt, bei dem bisherigen Rechtszustand bewenden. Nur so ist der Satz in c. 9 l. c. „licet hoc apud veteres dubitabatur“ zu verstehen. Denn daß im älteren Recht[5]) das pactum de non alienando nicht dinglich wirkte, daß hier von einem dubitare nicht die Rede sein kann, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

---

[1]) vgl. hierzu Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 504 f.
[2]) vgl. l. 61 D. 2, 14.
[3]) Brütt S. 17.
[4]) vgl. l. 135 § 3 D. 45, 1.
[5]) vgl. die oben zit. l. 61 D. 2, 14.

Eine wichtige Durchbrechung des Prinzips liegt aber in l. 7 § 2 D. 20, 5. Danach soll der Vertrag, in dem der Pfandgläubiger dem Verpfänder die Veräußerung verbietet, dingliche Wirksamkeit besitzen, eine vertragswidrige Veräußerung nichtig sein. Über die Richtigkeit dieser Quellenstelle herrscht lebhafter Streit.[6]) Man scheut sich, diese Bestimmung, die in so grundsätzlichem Widerspruch zu der Regel, daß vertragsmäßige Veräußerungsverbote nach römischem Rechte keine dingliche Wirkung haben, steht, als richtig anzuerkennen, und sucht durch Interpolation eine Übereinstimmung mit dem Prinzip zu erlangen. Dernburg (a. a. O.) hält alle derartigen Versuche für verfehlt. Er erkennt die streitige Digestenstelle als richtig, wenn auch als eine Ausnahme von der Regel, an, wobei für ihn die Übereinstimmung der Lesart der Florentina mit den Basiliken überzeugend ist.

Während Dernburg den Beweis für die Echtheit der l. 7 § 2 D. 20, 5 mit der Übereinstimmung zweier Rechtsquellen innerhalb des römischen Rechts zu führen sucht, erbringt ihn Rabel (S. 5) im Wege der Rechtsvergleichung. Rabel hat in seinen Forschungen nachgewiesen, daß in den Papyri der Römerzeit pacta von der Art des in l. 7 § 2 l. c. Behandelten etwas ganz Gewöhnliches waren. Aufgabe der Rechtsvergleichung ist es nicht nur, Rechtsgemeinschaften der verschiedenen Rechtskomplexe festzustellen, sondern durch diese Feststellungen auch zugleich Zweifel an der Gültigkeit einer Rechtsnorm im einzelnen Rechtssystem zu beseitigen. Vor zwei in ihrer Art so verschiedenen, aber selbständig beweiskräftigen Tatsachen, wie der Übereinstimmung der Florentina mit den Basiliken und der Marcianstelle mit den Papyri, werden wohl auch diejenigen, die bisher die Richtigkeit der l. 7 § 2 l. c. bestritten haben, die Segel streichen müssen. Keineswegs darf man die Echtheit der Marcianstelle deshalb verneinen, weil man sich vergeblich nach dem Vorteil fragt, den der Pfandgläubiger von diesem Vertrage hat. Vernünftigerweise wird ja jede lex auch eine ratio haben. Gelingt es der historischen Forschung aber nicht, diese ratio zu finden, so darf deswegen das Quellenmaterial, wenn so vieles

---

[6]) vgl. hierzu Dernburg a. a. O. S. 18 f.

für die Echtheit spricht, doch nicht als unecht angezweifelt werden. Ich muß es mir in dieser dem geltenden Recht gewidmeten Arbeit, in der die geschichtliche Entwicklung des Veräußerungsverbots nur in ihren Grundzügen dargelegt werden soll, versagen, auf die Frage, was ein Veräußerungsverbot dem Pfandgläubiger nützt, näher einzugehen.[7])

Was die letztwilligen Veräußerungsverbote[8]) angeht, so waren diese im römischen Recht ohne rechtliche Bedeutung.[9]) Eine scheinbare Ausnahme liegt in der Bestimmung, daß wenn das Verbot mit Rücksicht darauf getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen anderen fallen soll, dann allerdings die Veräußerung nichtig ist. Diese Nichtigkeit tritt aber keineswegs wegen des letztwilligen Veräußerungsverbots ein. Vielmehr ist in dem Veräußerungsverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses zu erblicken. Daher folgt die Nichtigkeit nicht aus dem vom Erblasser zugefügten Veräußerungsverbot, sondern aus dem dinglich wirkenden, jede weitere Verfügung des Erben hindernden Recht des benannten Dritten, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot erlassen ist und der im Wege der Auslegung als Vermächtnisnehmer betrachtet wird. Nicht ein rechtsgeschäftliches, sondern ein gesetzliches Veräußerungsverbot, nämlich das Verbot der Veräußerung einer legierten Sache, ist Grund der Nichtigkeit.[10])

Abgesehen von diesem Falle ist also in einem letztwilligen Veräußerungsverbot nur ein rechtlich wirkungsloses nudum praeceptum zu erblicken. Auch das deutsche Recht kannte rechtsgeschäftliche Dispositionsverbote, so vor allem bei der Liegenschafts- und Fahrnisverpfändung. Besonders häufig treten diese Verbote auf bei der Satzung ohne Gewereübertragung, der sogen. neueren Satzung.[11]) Inwieweit diese neuere Satzung im deutschen Recht auch bei der Mobiliarverpfändung zur An-

---

[7]) Ich verweise hierzu auf Brütt S. 28 f.

[8]) vgl. Windscheid Bd. 1 S. 902.

[9]) vgl. l. 114 § 14 D. 30.

[10]) vgl. c. 3 C. 6, 43.

[11]) vgl. hierzu Rabel S. 43 ff.; H. Meyer, Publizitätsprinzip S. 38 f.; derselbe, Neuere Satzung usw. S. 38 f., 82 f., 96, 101, 118.

wendung gekommen ist, ob man sie mit der herrschenden Meinung nur als Ausnahme betrachten oder ihr, H. Meyer folgend, eine größere Ausdehnung zuschreiben soll, kann hier füglich unerörtert bleiben. Es genügt die Feststellung, daß das deutsche Recht tatsächlich Mobiliarhypotheken gekannt hat.

Wie im römischen Recht, so fragt man sich auch hier nach der Bedeutung des Dispositionsverbots bei der Verpfändung.[12]) Es wäre verfehlt, wollte man aus dem Verbot auf mangelnde Dinglichkeit des Pfandrechts schließen. Diese steht außer Frage.[13]) M. E. die annehmbarste Erklärung, der sich auch H. Meyer (a. a. O.) angeschlossen hat, gibt Puntschart (S. 406 ff.). Er bezeichnet das Versprechen des Verpfänders, die Pfandsache nicht zu veräußern, als einen Anwendungsfall des Treugelöbnisses. Durch dasselbe übernimmt der Schuldner eine persönliche Haftung für die ihm vertraglich obliegende Nichtveräußerung. Dadurch wird also keine besondere dingliche Sicherung des Pfandgläubigers geschaffen, wohl aber wird dieser durch die durch das Treugelöbnis bewirkte persönliche Bindung des Schuldners in gewisser Weise geschützt vor der Gefahr des Rechtsverlustes infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten.

Anders als im gemeinen Recht sind teilweise die Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot in den Partikularrechten. Besonders weichen in dieser Hinsicht die Bestimmungen des preuß. allgem. Landrechts (I, 4 §§ 15—19) ab. Danach hat ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot Wirkung gegen jeden Dritten, wenn es ihm bekannt oder in das Hypothekenbuch eingetragen war.[14])

Dies entspricht auch dem sonstigen Standpunkt des allgem. Landrechts mit seiner Anerkennung relativ dinglicher Rechte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist zu dem Grundsatz des gemeinen Rechts zurückgekehrt, einem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot dingliche Wirkung zu versagen, eine obligatorische Verpflichtung zur Nichtveräußerung aber zuzulassen.

---

[12]) vgl. hierzu Rabel S. 41 ff.

[13]) H. Meyer, Neuere Satzung S. 83.

[14]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 164.

§ 4.

b) Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach geltendem Recht.

Auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Rechtswissenschaft an der bisher gebräuchlichen Einteilung der Veräußerungsverbote in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche festgehalten. Eine besondere Unterscheidung zwischen vertraglichen und letztwilligen Veräußerungsverboten kennt das Gesetz bei dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot nicht, handelt vielmehr in seinem § 137 generell von beiden Arten: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt". Ein Blick auf diese Bestimmung zeigt, daß das Gesetz damit den gemeinrechtlichen Standpunkt einnimmt. Es unterscheidet zwischen der dinglichen und obligatorischen Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots.[1]) In § 137 Satz 1 wird der vertraglichen Festsetzung eines solchen Verbots die dingliche Wirkung entzogen. Dritten gegenüber ist ein derartiges Verbot bedeutungslos, und selbst wenn der Dritte in Kenntnis von der Verfügungsbeschränkung seines Rechtsvorgängers erwirbt, braucht er einen Herausgabeanspruch des die Veräußerung Verbietenden nicht zu fürchten, denn das Gesetz verneint ganz allgemein die dingliche Wirkung des Verbots und macht keinen Unterschied zwischen gutem und bösem Glauben des Erwerbers. Der Gesetzgeber wollte den Parteien nicht die Möglichkeit in die Hand geben, durch vertragliche Festsetzung ein Recht dem Rechtsverkehr zu entziehen. „Jede Umwandlung eines veräußerlichen Rechts in ein unveräußerliches entwertet dieses Recht und mindert somit das Nationalvermögen in einem seiner Stücke."[2])

§ 137 bezieht sich auf Rechtsgeschäfte jeder Art; es fallen darunter einseitige, z. B. letztwillige Verfügungen, und vertragliche Verfügungsbeschränkungen. Auch bei letzteren besteht

---

[1]) Staudinger Bd. 1 S. 472.
[2]) Leonhard S. 379.

nicht etwa zugunsten einer bestimmten Kategorie eine Ausnahme. Daß u. a. auch Eheverträge unter die Bestimmung des § 137 fallen, hat das Kammergericht in einer seiner Entscheidungen ausgesprochen.[3]) Denn auch ein Ehevertrag ist eine rein rechtsgeschäftliche Festsetzung unter den Eheleuten. Es müßte sich daher, um ihn von der Bestimmung des § 137 auszunehmen, eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung finden. Dies beweist schon die Stellung des § 137 im Gesetz. Seine Aufnahme in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedeutet, daß der Gesetzgeber nicht eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften gemeint hat, daß der § 137 nicht nur für einen begrenzten Teil des Gesetzes, etwa für das Obligationenrecht Geltung haben solle, sondern daß jeder rechtsgeschäftlichen Statuierung eines Veräußerungsverbotes, gleichgültig ob auf dem Gebiete des Schuld-, des Familien- oder des Erbrechtes, dingliche Wirkung versagt sein solle. Wohl stellt das Gesetz im ehelichen Güterrecht Verfügungsbeschränkungen auf, so in § 1395 BGB., diese sind aber gesetzlicher Natur. Soweit nun die Kontrahenten eines Ehevertrages noch darüber hinausgehen, die Verfügungsbeschränkung also nicht mehr Folge des gesetzlichen Güterstandes ist, soweit liegt ein nach § 137 zu beurteilendes rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot vor.

Nicht unter § 137 fällt ein Vertrag, durch den sich ein Hypothekengläubiger dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, unter gewissen Umständen das Grundstück zu entpfänden.[4]) Denn § 137 versagt nur dem rechtsgeschäftlichen Ausschluß bezw. der Beschränkung der Verfügungsbefugnis dingliche Wirkung. Bei der Verpflichtung zur Entpfändung liegt aber eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis nicht vor. Denn im Wesen einer solchen Beschränkung liegt es, daß der dadurch Gebundene eine Verfügung in bestimmter Richtung nicht vornimmt, sie unterläßt. Bei der Entpfändung kommt es aber nicht auf ein Unterlassen an, der Gläubiger hat dabei tätig mitzuwirken, indem er eine Entpfändungserklärung abgibt bezw. Löschungsbewilligung er-

[3]) KG. Bd. 20 A S. 292 ff.
[4]) vgl. OLG. Bd. 4 S. 237.

teilt. Er übernimmt also durch einen derartigen Vertrag die Verpflichtung, über sein Recht bei Eintritt der vertraglich bestimmten Voraussetzungen in einer genau präzisierten Weise zu verfügen, nicht aber wird er dadurch verpflichtet, eine Verfügung zu unterlassen. Nur eine solche Verpflichtung aber würde unter § 137 fallen.

Von der Frage der dinglichen Wirkung eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots ist die seiner obligatorischen Wirkung scharf zu trennen. Denn eine solche Wirkung von Person zu Person erklärt das Gesetz in § 137 Satz 2 für möglich. Es liegt durchaus kein logischer Widerspruch darin, daß der Gesetzgeber dem Ausschluß bezw. der Beschränkung der Verfügungsbefugnis die Wirkung versagt, trotzdem aber die Möglichkeit einer solchen Verpflichtung zwischen den Parteien zuläßt. „Ein anderes ist die Unmöglichkeit der Verfügung, ein anderes die Pflicht zu ihrer Unterlassung.“ [5]) Die Bestimmung, daß ich einem anderen die Unterlassung der Verfügung schulde, besteht zu Recht nach Maßgabe der überhaupt für die Begründung von Schuldverhältnissen geltenden Normen. Die Bestimmung, daß ich die Verfügung nicht zu treffen vermag, ist als solche nichtig, kann aber die rechtsgültige Bestimmung in sich schließen, daß ich einer bestimmten Person die Unterlassung der Verfügung schulde.

A und B können also einen Vertrag dahingehend abschließen, daß B eine ihm gehörige Sache nicht veräußern dürfe. Tut B dies dennoch, so ist die Rechtslage zwar nicht derart, daß A die Sache von dem Erwerber C, selbst wenn C von der Vereinbarung zwischen A und B Kenntnis gehabt hätte, zurückfordern könnte. Dies verhindert, wie bereits oben gezeigt, § 137 Satz 1. Wohl kann sich A aber gegen B wenden, denn dem zwischen ihnen beiden geschlossenen Vertrage spricht das Gesetz in § 137 Satz 2 ja ausdrücklich Wirksamkeit zu. Die Vertragserfüllung seitens des B bestand in einem Unterlassen, nämlich in der Nichtveräußerung. Handelt nun B dem Vertrage zuwider, d. h. unterläßt er die verbotene Veräußerung nicht, so hat A gegen ihn einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des

[5]) Hölder Bem. zu § 137.

Vertrages, der nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen ist. Zunächst würde A also auch hier den Anspruch des § 249 BGB. auf Naturalrestitution haben.[6]) Er könnte von B, wohlgemerkt nur von diesem, nicht vom Erwerber C, Wiederherstellung des früheren Zustandes, also Zurückführung der veräußerten Sache in sein (des B) Eigentum verlangen. Diesem Anspruche würde B aber nur im Wege gütlicher Einigung mit C nachkommen können, denn eine rechtliche Handhabe gegen C hat er natürlich noch weniger als A. Die Herstellung des früheren Zustands wird also meistens nicht möglich sein, B als Ersatzpflichtiger wird also den A in Geld entsprechend § 251 BGB. zu entschädigen haben. Seinen Schaden überhaupt und dessen Höhe hat A zu beweisen. Um diesen oft recht schwierigen Beweis seines Interesses an der Nichtveräußerung zu vermeiden, wird sich für A schon beim Vertragsabschluß die Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung seitens des B empfehlen. Denn dann steht ihm gemäß § 340 Abs. 2 BGB. die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens zu, ohne daß es eines weiteren Beweises als der Verwirkung der Vertragsstrafe bedürfte. Natürlich wird durch die Festsetzung einer solchen Konventionalstrafe auch die Geltendmachung eines weiteren Schadens, der hier aber wieder besonders bewiesen werden muß, nicht ausgeschlossen.

Diese obligatorische Wirkung äußert das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot auch im Konkurse.[7]) Fällt also der durch das Verbot Gebundene in Konkurs und veräußert dann der Konkursverwalter das mit dem Verbot belastete Recht, so kann der andere Vertragsteil seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung des Vertrags oder eine Forderung auf die etwa festgesetzte Vertragsstrafe gemäß § 26 KO. als Konkursforderung geltend machen.

Eine wichtige Ausnahme von der Bestimmung des § 137 Satz 2[8]) findet sich im Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

---

[6]) vgl. Komm. d. RGRäte Bd. 1 S. 125.

[7]) vgl. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 137.

[8]) Von den Ausnahmen des § 137 Satz 1 handle ich weiter unten in einem besonderen Abschnitt (vgl. §§ 5 u. 6).

im § 1136. Danach ist eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiterzubelasten, nichtig. Hier ist also einer derartigen vertraglichen Festsetzung auch die obligatorische Wirkung entzogen. Der zuwiderhandelnde Eigentümer macht sich daher nicht schadensersatzpflichtig, und auch das Versprechen einer Vertragsstrafe seitens des Eigentümers für den Fall der Veräußerung oder Weiterbelastung würde dem Gläubiger nichts helfen, denn die Vereinbarung der Strafe wäre gemäß § 344 BGB. unwirksam.

Absicht des Gesetzgebers war es, dem Eigentümer nicht die Möglichkeit weiteren Realkredits abzuschneiden und es dem Gläubiger nicht in die Hand zu geben, eine über das erforderliche Maß hinausgehende Sicherheit seiner Forderung zu erlangen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus folgt auch, daß § 1136 nur dann anwendbar ist, wenn die Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger mit Rücksicht auf dessen Gläubigereigenschaft erfolgt.[9]) Durch sie muß also dem Gläubiger in dieser seiner Eigenschaft eine besondere Befugnis verliehen werden sollen. Es muß eine Beziehung der Abrede auf das Gläubigerrecht ersichtlich sein. Wenn also, wie es in diesen Zeiten in der Ostmark so häufig geschieht, im Kaufvertrage gesagt wird, daß das Gut nicht an einen Polen verkauft werden dürfe, und wenn dann in demselben Vertrage dem Veräußerer wegen des Kaufgeldes oder eines Restes davon eine Hypothek bestellt wird, so ist § 1136 nicht anwendbar, es sei denn, daß die Vereinbarung der Nichtveräußerung an Polen mit Rücksicht auf die Gläubigereigenschaft des Veräußerers getroffen ist. Nur bei einer solchen Beziehung der Abrede zu der Kaufgelderhypothek läßt sich die Anwendbarkeit des § 1136 rechtfertigen. Im anderen Falle bewendet es bei der allgemeinen Regel des § 137. Eine derartige Vereinbarung wäre dann wohl imstande, obligatorische Wirkung zwischen den Parteien zu erzeugen und eine für den Fall der Zuwiderhandlung versprochene Vertragsstrafe wäre bei Veräußerung an einen Polen verwirkt.

---

[9]) vgl. RG. Bd. 55 S. 78 ff.

Dagegen wird durch § 1136 nicht das Recht des Hypothekengläubigers berührt, sich für den Veräußerungsfall ein Kündigungsrecht vorzubehalten.[10]) Hierin mag zwar sehr oft eine tatsächliche Verfügungbeschränkung liegen, eine rechtliche ist es jedenfalls nicht.

Ebenfalls nicht unter § 1136 fällt natürlich die Vereinbarung der Nichtveräußerung bezw. Belastung zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Dritten, der nicht Hypothekengläubiger ist. Hier tritt lediglich Beurteilung nach § 137 ein.

Wie bereits oben erwähnt, macht das Bürgerliche Gesetzbuch keinen besonderen Unterschied zwischen einem vertraglichen und letztwilligen Veräußerungsverbot. Sedes materiae für beide ist § 137 BGB. Dennoch läßt sich eine gesonderte Betrachtung des letztwilligen Veräußerungsverbotes rechtfertigen durch mancherlei Eigenheiten, die in der einseitigen Art seiner Bestellung liegen, und durch die Umgehungsmittel, die das Gesetz dem Erblasser teilweise freistellt.

Reichel[11]) scheidet zwischen einem sogen. nackten und verbundenen Veräußerungsverbot, je nachdem das Verbot ohne tertius cuius respectu statuiert ist oder die Wahrung des Interesses eines Dritten bezweckt. Ist das Veräußerungsverbot nicht zugunsten eines Dritten bezweckt, so liegt die Sache einfach. § 137 ist anwendbar, das Verbot bindet den Erben oder den Vermächtnisnehmer, dem es auferlegt ist, nicht, eine zuwiderhandelnde Veräußerung ist also gültig. Wir haben es, wie schon die Römer sagten, nur mit einem nudum praeceptum zu tun.[12]) Eine Einschränkung könnte diese Behauptung allerdings durch § 137 Satz 2 erleiden. Kann aber diese Bestimmung hier überhaupt Anwendung finden? Generell läßt sich diese Frage nicht beantworten, die Entscheidung wird nur mit Rücksicht auf den einzelnen Fall erfolgen können. Hat der Erblasser dem Erben ein Veräußerungsverbot auferlegt und handelt dieser dem Verbote zuwider, so hat er, rein formell genommen, entsprechend § 137 Satz 2 einen obligatorischen Anspruch wegen Zuwiderhandlung

---

[10]) Ähnlich KG. Bd. 9 S. 80ff.

[11]) Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot S. 178, 180.

[12]) vgl. oben S. 6.

der vom Erblasser auferlegten Verpflichtung, nicht zu veräußern. Dieser Anspruch gehört zum Nachlaß. Der Erbe würde also Gläubiger der Leistung sein, zugleich aber auch Schuldner.[13]) Hier äußert mithin § 137 Satz 2 keine Wirkung. Wie wäre es nun, wenn das Veräußerungsverbot einem Vermächtnisnehmer auferlegt würde? Dann gehört zum Nachlaß bei Veräußerung seitens des Legatars ein Anspruch gegen ihn wegen Zuwiderhandlung gegen eine letztwillige Bestimmung des Erblassers. Reichel (a. a. O.) ist m. E. mit Recht der Ansicht, daß dieser Anspruch dem Erben nur dann zustehe, wenn er beweisen könne, daß und welcher Schaden ihm durch die Veräußerung erwachsen sei. Der Erbe muß also ein begründetes Interesse an der Nichtveräußerung haben. Daß das Veräußerungsverbot vom Erblasser dem Legatar ausdrücklich zugunsten des Erben auferlegt sein müsse, wie Reichel (a. a. O.) meint, erscheint mir nicht erforderlich und kommt schon zu sehr dem „verbundenen" Veräußerungsverbot nahe. Dies leitet auch zu der Frage über: Gibt es überhaupt ein verbundenes Veräußerungsverbot? Ich komme in Anlehnung an das römische Recht zu einer Verneinung. Wenn der Erblasser dem Erben zugunsten einer bestimmten Person die Veräußerung einer Sache untersagt hat, so ist allerdings der Erbe daran gebunden, nicht aber weil darin ein Veräußerungsverbot liegt, sondern weil man dies als ein Vermächtnis zugunsten des benannten Dritten anzusehen hat. Dieser soll — so ist der Wille des Erblassers auszulegen — nach dem Ableben des Erben den betreffenden Gegenstand als Vermächtnis erhalten.[14]) Während aber nach gemeinem Recht der Anfall des Vermächtnisses dinglich erfolgte, hat heute der Legatar nur einen obligatorischen Erfüllungsanspruch gegen den Beschwerten,[15]) eine zuwiderlaufende Verfügung des Erben wäre dennoch wirksam.

Es ist bei dem zuletzt Gesagten aber zu beachten, daß eine derartige Beurteilung nur möglich ist, wenn die Verfügungsbeschränkung zugunsten einer bestimmten Person getroffen ist.[16])

---

[13]) Reichel a. a. O. S. 185.

[14]) So auch Enneccerus-Lehmann S. 141.

[15]) vgl. § 2174 BGB.

[16]) vgl. Reichel S. 179.

Eine praesumptio substitutionis vel legati (auch praesumptio tertii genannt), wie sie noch das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch im § 610 kennt und sie das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 2504, 2526 gekannt hat, ist für unser geltendes Recht nicht mehr zutreffend. Wenn also der Erblasser dem Erben die letztwillige Verfügung verboten hat, ohne zu bestimmen, zu wessen Gunsten das Verbot statuiert sein soll, so ist dies nicht so aufzufassen, als ob die gesetzlichen Erben des Erben ihm fideikommissarisch substituiert wären. Auch dem römischen Recht war eine derartige Auslegung des Willens des Erblassers fremd Der 1. Entwurf (§ 1844) enthielt über die hier erörterte Frage eine besondere Auslegungsregel.[17]) Hat der Erblasser dem Erben die Veräußerung eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes oder die Verfügung von Todes wegen über einen solchen Gegenstand verboten, so ist anzunehmen, daß die Person, zu deren Gunsten das Verbot bestimmt ist, und wenn eine solche Person nicht bezeichnet ist, die gesetzlichen Erben des Erben nach dem Tode des letzteren den Gegenstand erhalten sollen. Wir finden also auch hier in dieser letzten Bestimmung die Anerkennung einer praesumptio tertii bei unterlassener Bezeichnung. Aber schon in den Protokollen (Bd. 5 S. 161) 2. Lesung wurde diese Auslegungsregel für unrichtig erklärt; die Bestimmung in ihrem ersten Teil, bei Bezeichnung der Person, hielt man für selbstverständlich, eine besondere gesetzliche Betonung daher für überflüssig.

Daß es, wie ich oben bereits ausgeführt, ein sogen. verbundenes Veräußerungsverbot nicht gibt, lehrt auch ein Blick in die Motive (Bd. 5 S. 138). Dort ist gesagt, daß der Erblasser seinen Willen, daß ein bestimmter Gegenstand zunächst an den bedachten Erben, später an eine andere Person gelangen solle, nicht selten in die unvollständige und nach dem Wortsinne rechtlich wirkungslose Ausdrucksweise eines Veräußerungsverbots kleidet. Wenn das Gesetz also dennoch den Willen des Erblassers aufrechterhält, so geschieht dies nicht etwa im Hinblick auf das vom Testator statuierte Veräußerungsverbot, sondern weil der Gesetz-

---

[17]) Staudinger Bd. 5 S. 446.

geber den letzten Willen so auslegt, daß die bestimmte Person den Gegenstand als Vermächtnis erhalten soll.

Das Gesetz gewährt dem Erblasser aber zwei Mittel, den praktischen Erfolg eines Veräußerungsverbotes wenigstens teilweise zu erreichen. Es sind dies Einsetzung eines Nacherben und Ernennung eines Testamentsvollstreckers. In beiden Fällen wird der Erbe in bestimmter Weise in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt. Wir haben aber hierin keine rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen zu erblicken, trotzdem ja der äußere Anlaß dazu ein Rechtsgeschäft, die letztwillige Anordnung des Erblassers, ist. Denn der innere Grund der Beschränkung des Erben ist nicht die rechtsgeschäftliche Anordnung, sondern das Gesetz, das die Institute der Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung mit besonderen rechtlichen Wirkungen bekleidet, für die Verfügungsmacht des Erben, z. B. bei der Nacherbfolge, einen festbegrenzten Rahmen aufstellt, innerhalb dessen der Erblasser wohl gewisse rechtsgeschäftliche Anordnungen treffen kann, den er aber doch nicht durch Rechtsgeschäft in seinen vom Gesetz festgelegten Grenzen erweitern oder verengern darf. Würde der Erblasser die im § 2112 BGB. statuierte Verfügungsbefugnis des Vorerben weiter als gesetzlich zulässig einschränken, so läge bezüglich dieses Übermaßes ein nach § 137 rechtlich zu beurteilendes rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot vor.

4. Ausnahmen von § 137 BGB.

§ 5.

a) Insbesondere das Zessionsverbot.

Die wichtigste, im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst enthaltene Ausnahme von der Regel des § 137 finden wir in § 399. An und für sich werden von der Vorschrift des § 137 alle veräußerlichen Rechte getroffen. Der 1. Entwurf ging nicht so weit und bestimmte in seinem § 796: „Die Befugnis desjenigen, welchem das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, kann nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden,

soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt". Der 1. Entwurf wollte also nur das Verbot der Verfügung über Sachenrechte treffen, er enthielt daher auch den zitierten Paragraphen in seinem sachenrechtlichen Teile. Im 2. Entwurf ging man aber weiter und dehnte diese Bestimmung auf alle veräußerlichen Rechte aus. Es fallen unter § 137 also auch die Forderungsrechte. Mit Rücksicht auf den eigenartigen Charakter des Forderungsrechtes, besonders mit Rücksicht darauf, daß es beim Forderungsrecht mehr als bei jedem anderen Rechte auf die persönliche Bindung ankommen könne, daß es dem Schuldner gerade von Wert sein könne, nur an einen bestimmten Gläubiger leisten zu müssen, glaubte der Gesetzgeber aber bezüglich dieser Rechte eine Ausnahme zulassen zu sollen. Er bestimmte daher im § 399, daß eine Forderung dann nicht abgetreten werden kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluß der Übertragbarkeit kann sowohl bei Begründung des Schuldverhältnisses vereinbart als auch später hinzugefügt werden. Dadurch gewährt das Gesetz dem Schuldner die Möglichkeit, „das besondere Interesse zu rechtlicher Anerkennung zu bringen, das den Inhalt seines Schuldversprechens mit einem bestimmten Gläubiger verknüpft".[1]) Ein derartiges Abtretungsverbot wirkt absolut. Jede hiergegen verstoßende Verfügung ist nichtig, ein Schutz des gutgläubigen dritten Erwerbers einer durch Rechtsgeschäft für unübertragbar erklärten Forderung findet nicht statt. Nur dann wird der gutgläubige Dritte geschützt, wenn die Forderung mit einer Urkunde abgetreten wird, die der Schuldner über die Schuld ausgestellt hat.[2]) Beruft sich nämlich dann der Schuldner darauf, daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, so dringt er damit, vorausgesetzt natürlich, daß der neue Gläubiger von dem pactum de non cedendo nichts wußte, nicht durch. Die Befürchtung, daß § 399 die Möglichkeit bieten könnte, das in Forderungen bestehende Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu

---

[1]) Endemann Bd. 1 S. 868.

[2]) vgl. § 405 BGB.

entziehen, die ja nicht unbegründet wäre, da eine Forderung nach § 851 Abs. 1 ZPO. nur insoweit der Pfändung unterworfen ist, als sie übertragbar ist, ist durch § 851 Abs. 2 ZPO. beseitigt. Dort wird eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung ausdrücklich für pfändbar erklärt.

Die Ausnahme des § 399 gilt eben wegen ihres Zweckes, der Verknüpfung des Schuldversprechens des Schuldners mit einem bestimmten Gläubiger, nur für eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner. Verspricht dagegen der Gläubiger einem Dritten, seine ihm gegen den Schuldner zustehende Forderung nicht abzutreten, so liegt darin ein nach der Regel des § 137 zu beurteilendes Veräußerungsverbot. Der Dritte kann sich selbst einem bösgläubigen Zessionar gegenüber nicht auf das vereinbarte Abtretungsverbot berufen, sondern kann bei Verletzung der vertraglichen Pflicht durch den Gläubiger gemäß § 137 Satz 2 nur seine Schadensersatzansprüche geltend machen.

§ 413 erklärt die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auch auf die Übertragung anderer Rechte für anwendbar, soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt. Es fallen darunter vor allem die Patent-, Urheber- und Verlagsrechte. Bezüglich des Verlagsrechtes enthält das Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 1901[3]) in seinem § 28 Abs. 1 Satz 1 noch eine ausdrückliche Bestimmung: „Die Rechte des Verlegers sind übertragbar, soweit nicht die Übertragung durch Vereinbarung zwischen dem Verfasser und dem Verleger ausgeschlossen ist".

Wir haben bisher immer betont, daß wir es im § 399 mit einer Ausnahmevorschrift von der Regel des § 137 zu tun haben. Demgegenüber wird in der Literatur oft erklärt, daß es sich im § 399 um keine Ausnahme von der Vorschrift des § 137 handle, daß vielmehr § 399 mit § 137 durchaus in Einklang zu bringen sei.[4]) Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren etwa folgendermaßen: § 137 beziehe sich auf alle veräußerlichen Rechte. Grund-

---

[3]) RGBl. 1901 S. 217.

[4]) vgl. Prot. (zit. bei Haidlen Bd. 1 S. 165); Staudinger Bd. 1 S. 473; Endemann Bd. 1 S. 868; Güthe Bd. 1 S. 221.

sätzlich gehörten dazu auch die Forderungsrechte. Schlössen nun Gläubiger und Schuldner ein pactum de non cedendo, so änderten sie damit den Inhalt des Rechts, sie machten es aus einem veräußerlichen zu einem unveräußerlichen Rechte. Die Regel des § 137 würde dadurch also keineswegs berührt, vielmehr ließe sich § 399 vollkommen mit § 137 in Einklang bringen. Ich erkenne durchaus an, daß durch den verabredeten Ausschluß der Abtretung das Recht eine Inhaltsänderung erfährt, daß es aus einem veräußerlichen zu einem unveräußerlichen wird. Ich billige es nur nicht, daß man hierin keine Ausnahme von § 137 erblicken will. Der Gesetzgeber sagt im § 137 mit anderen Worten: Ich dulde es nicht, daß ihr ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft zu einem unveräußerlichen macht. In § 399 läßt er dies dann singulariter, ausnahmsweise zu. Wenn daher die Gegner sagen, § 399 läßt sich mit § 137 wohl in Einklang bringen, weil es sich hier um ein veräußerliches, dort um ein unveräußerliches Recht handelt, so ist dies nicht zutreffend. Nicht die Beurteilung ex post, sondern die ex ante führt zum Ziel. Schuldner und Gläubiger dürfen nach Abschluß des pactum de non cedendo dessen Gültigkeit nicht damit verteidigen, daß sie sagen: Unser Recht ist jetzt unveräußerlich, fällt also nicht unter § 137. Sie müssen sich vor der Abrede der Unübertragbarkeit fragen: Dürfen wir unser an sich veräußerliches und deshalb zunächst mit unter § 137 fallendes Recht zu einem unveräußerlichen machen? Bei dieser m. E. allein richtigen Fragestellung können sie zu einer Bejahung nur kommen, wenn sie sich klar darüber sind, daß ihnen im § 399 eine Ausnahme von der Regel des § 137 gestattet ist.

§ 6.

b) Die im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Ausnahmen.

Im § 796 des 1. Entw. war ausdrücklich hinzugefügt, daß die Bestimmung nur gelten solle, „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt“. Heute ist dies im § 137 nicht mehr besonders erwähnt, wohl weil man es für selbstverständlich hielt. Vor allem

ist in diesem Abschnitt das Augenmerk auf das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu richten. Dort sind den Landesgesetzen mannigfache Vorbehalte gemacht worden, und es ist daher zu prüfen, ob dadurch Landesgesetze aufrechterhalten werden, die dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot noch Wirkung gegen Dritte zuerkennen.

Die wichtigste Bestimmung dieser Art findet sich in Art. 59 EG. z. BGB. Danach sollen die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse unberührt bleiben. Ein Familienfideikommiß ist ein Vermögenskomplex, der kraft rechtsgeschäftlicher Festsetzung des Stifters unveräußerlich sein und sich nach einer bestimmten Sukzessionsordnung in der Familie forterben soll. Hier tritt uns also ein noch im heutigen Recht dinglich wirkendes rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot entgegen. Eine dem Verbot zuwiderlaufende Veräußerung ist nichtig. Freilich findet ein starker Schutz des gutgläubigen Dritten statt. Wenn der Erwerber einen Gegenstand in Unkenntnis von seiner Fideikommißeigenschaft erwirbt, insbesondere wenn diese bei Immobilien nicht durch Eintragung in Abteilung II des Grundbuchs kenntlich gemacht ist, ist trotz des Veräußerungsverbots die Veräußerung gültig. Dieser Vorbehalt ist nicht nur für die schon bestehenden Fideikommisse gemacht, es können auch heute noch solche rechtsgültig begründet werden.

Eine weitere landesgesetzliche Ausnahme von § 137 läßt sich aus Art. 62 EG. z. BGB. herleiten. Dort sind die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter aufrechterhalten worden. Ein Rentengut ist ein Grundstück, welches gegen Übernahme einer festen Rente zu Eigentum übertragen ist.[1]) Im Rentengutsgesetz v. 27. 6. 1890[2]) § 3 ist eine vertragsmäßige Vereinbarung zwischen Erwerber und Rentenberechtigtem für zulässig erklärt, wonach eine Zerteilung des Grundstücks oder die Abveräußerung von Teilen desselben nur mit Zustimmung des Rentenberechtigten erfolgen dürfe. Auch hierin liegt eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung, deren dingliche Wirkung vom Gesetz anerkannt ist.

[1]) Preuß. AG. z. BGB. Art. 29.

[2]) Preuß. GS. 1890 S. 210.

Eine analoge Bestimmung findet sich im Gesetz betr. die Beförderung deutscher Ansiedelungen in den Provinzen Westpreußen und Posen v. 26. 4. 1886[3]) § 5.

Als eine Ausnahme von § 137 kann man in gewisser Hinsicht schließlich auch noch die Übergangsbestimmung des Art. 168 EG. z. BGB. ansehen. Danach bleibt eine zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Verfügungsbeschränkung wirksam. Für das Gebiet des gemeinen Rechts hat diese Vorschrift zwar keine besondere Bedeutung,[4]) da das geltende Recht in bezug auf rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote mit dem gemeinen im wesentlichen übereinstimmt. Wohl aber ist Art. 168 wichtig für die bis 1900 der Herrschaft des allgem. Landrechts unterliegenden Gebietsteile. Wie bereits oben (S. 7) ausgeführt, hatten im preußischen Recht rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen grundsätzlich auch Wirkung gegen Dritte, wenn sie ihnen bekannt oder im Hypothekenbuch eingetragen waren. Ein vor dem 1. 1. 1900 im Gebiet des allgem. Landrechts rechtsgeschäftlich begründetes Veräußerungsverbot äußert also trotz § 137 BGB. diese Wirkung auch heute noch. Doch um durch die Bestimmung des Art. 168 die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht zu gefährden, und in Übereinstimmung mit dem im geltenden Recht gewährten Schutz des gutgläubigen Erwerbes ist in Art. 168 ein Vorbehalt getroffen, wonach die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, anwendbar sein sollen. Wenn aber dem Dritten bei Erwerb einer Sache bekannt ist, daß der Veräußerer nach allgem. Landrecht vertraglich zur Nichtveräußerung verpflichtet ist und er trotzdem die Sache erwirbt, so kann ihm dieselbe von dem durch das pactum de non alienando Berechtigten mit Erfolg wieder abgestritten werden. Darin liegt eine wichtige Durchbrechung des im § 137 enthaltenen Prinzips, nach dem der Dritte auch bei Bösgläubigkeit nicht angreifbar ist.

---

[3]) Preuß. GS. 1886 S. 132.

[4]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 419.

Besonderer Teil.

§ 7.

1. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot und die Resolutivbedingung (Erfüllungstatsache: Weiterveräußerung).

Das durch Setzen eines Veräußerungsverbotes angestrebte Ergebnis, den Verpflichteten in der Verfügung über ein Recht zu hindern, läßt sich praktisch auch dadurch erreichen, daß man den Hauptvertrag für den Fall weiterer Verfügung auflösend bedingt. An einem Beispiel ausgeführt, läge der Fall etwa wie folgt: A veräußert an B eine Sache mit der Abrede, daß wenn B die Sache weiterveräußere, diese wieder in das Eigentum des A oder in das eines Dritten C fallen solle. Ein derartiger Vertrag mag ohne Zweifel praktisch für den B einem Veräußerungsverbot gleichkommen. Es fragt sich nur, ob er auch rechtlich unter § 137 fällt oder ob er Wirkungen gegen Dritte zu äußern imstande ist. Denn an und für sich tritt ja nach § 158 Abs. 2 BGB. bei Eintritt der auflösenden Bedingung dingliche Wirkung ein, die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts endigt in diesem Zeitpunkt von selbst. Die wichtige Konsequenz, abgesehen von der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs beim bedingten Geschäft, ist also die, daß A beim Setzen einer solchen Bedingung gegen den dritten Erwerber einen Herausgabeanspruch hat, während ihm ein solcher bei Übertretung eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes versagt ist. Schott[1]) gelangt zu einer Verneinung der Zulässigkeit eines solchen resolutiv bedingten Rechtsgeschäfts und unterstellt es der Regel des § 137. Er kommt (S. 321) im Wege der Einzelprüfung zu diesem Ergebnis, nachdem er durch Betrachtung nach allgemeinen Grundsätzen keine

[1]) In der Festschr. f. Felix Dahn S. 305 ff.

Entscheidung erzielt hat. Schott (a. a. O.) scheidet die möglichen Fälle in einzelne Gruppen, je nachdem für den Fall des Eintritts der Bedingung ein Anfallsberechtigter genannt ist oder nicht. Ich kann schon dieser Scheidung nicht beitreten. Denn bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Bedingung kann es sich eben nur um den Fall handeln, daß ein Berechtigter für den Fall der Veräußerung bezeichnet ist. Anderenfalls liegt keine Bedingung vor. Denn zum Wesen der Bedingung gehört es, daß bei ihrem Eintritt die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts aufhört, in unserem Fall also, daß die Sache oder das Recht an einen anderen als den durch das in Bedingungsform gekleidete Veräußerungsverbot Gebundenen gelangt. Auch Schott (S. 324) selbst gelangt zu der Erkenntnis, daß für die Entscheidung unserer Frage ein derartiger Fall ohne Bezeichnung eines dritten Anfallsberechtigten ausscheidet. Er setzt sich aber damit selbst in gewissen Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen (S. 321), wo er die Beurteilung des Verhältnisses eines durch Weiterveräußerung resolutiv bedingten Rechtsgeschäfts zu einem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot nur im Wege der Einzelprüfung für möglich erklärt und, wie bereits oben ausgeführt, die verschiedenen Fälle nach dem Vorhandensein eines Anfallsberechtigten gruppiert, — ein vergebliches Bemühen, wenn er bald darauf selbst erklären muß, daß die eine Gruppe der Fälle zur Prüfung dieses Verhältnisses nicht geeignet ist.

Es bleiben also nur noch die Fälle übrig, in denen das Eigentum für den Fall der Veräußerung an den anderen Kontrahenten zurückfallen oder an einen Dritten gelangen soll. Auch hier hält Schott (S. 321), m. E. mit Unrecht, eine Einzelbetrachtung für erforderlich, indem er einen Unterschied macht, ob die Resolutivbedingung unter Lebenden oder von Todes wegen gesetzt ist. Ich stehe auf dem Standpunkt, daß auch eine Beurteilung nach allgemeinen Grundsätzen zu der Möglichkeit einer Entscheidung führen muß.

Zum Beweise der Ansicht, daß ein durch Weiterveräußerung auflösend bedingter Vertrag wegen des § 137 unzulässig sei, müßte man ausführen, daß dadurch derselbe Tatbestand geschaffen werde, dem der Gesetzgeber in § 137 dingliche Wirkung ver-

sagen wollte, daß also eine unzulässige Gesetzesumgehung, ein in fraudem legis agere vorliege. Es wäre die Anwendbarkeit des § 137 auch für den Fall des bedingten Rechtsgeschäfts zu folgern aus einer Betrachtung der ratio dieser gesetzlichen Bestimmungen. Man wird zu fragen haben: Welchen Zweck verfolgt der Gesetzgeber mit dem Ausschluß eines dinglich wirkenden rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots? Läßt sich dann im Anschluß daran der Nachweis führen, daß auch das durch Veräußerung auflösend bedingte Rechtsgeschäft denselben Zweck verfolgt, der bei dem Veräußerungsverbot verhindert werden soll, so könnte man allerdings daraus die Unzulässigkeit wegen § 137 folgern.

Über die ratio des § 137 sind die Meinungen sehr geteilt. Warum versagt der Gesetzgeber dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot dingliche Wirkung? Crome[2]) operiert in wenig überzeugender Weise bei Begründung des § 137 mit naturrechtlichen Begriffen. Die Veräußerungsbefugnis soll nach ihm eines der wesentlichsten Freiheitsrechte des Individuums bilden. Demgegenüber sagt Riezler[3]) mit Recht, daß diese Behauptung durch den mindestens ebenso wesentlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit paralysiert werde. Crome (a. a. O.) erklärt weiter, die Veräußerlichkeit entfließe der im öffentlichen Interesse aufgestellten freien Verfügungsgewalt des Berechtigten über die seiner rechtlichen Herrschaft unterworfenen Gegenstände, die ihm durch bloße Privatfestsetzung nicht entzogen werden könne. Es ist nicht richtig, den legislatorischen Zweck des Ausschlusses der dinglichen Wirkung[4]) des privaten Veräußerungsverbotes mit der Annahme zu begründen, daß die Veräußerlichkeit der Vermögensgegenstände dadurch tunlichst begünstigt werden solle. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, dann hätte er auch die Übernahme der Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen, für unzulässig erklärt. Denn wenn auch nicht rechtlich, so wird doch praktisch, besonders bei einer hohen Vertragsstrafe, ein

---

[2]) Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 S. 379.
[3]) Krit. VSchr. Bd. 48 S. 65.
[4]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 417.

Recht durch § 137 Abs. 2 sehr oft dem Verkehr entzogen, will anders der Gebundene — man denke nur noch an die Möglichkeit der Anwendung des § 348 HGB. — sich wirtschaftlich nicht zugrunde richten. Aus dem Gesichtspunkt einer Begünstigung der Veräußerlichkeit der Rechte kann also § 137 nicht entstanden sein.

Schott (S. 331) sieht den Zweck des § 137 darin, daß jemandem nicht die Möglichkeit gegeben werden soll, Vermögensstücke außer Verkehr zu setzen und damit den Zugriffen seiner Gläubiger zu entziehen. Denn zweifellos kommt der rechtsgeschäftlichen Verfügung die im Wege der Zwangsvollstreckung gleich. Wenn also jemandem die Verfügung über ein Recht entzogen ist, so ist seinen Gläubigern auch die zwangsweise Verfügung darüber untersagt. Diese Gefahr der Gläubigerbenachteiligung zu beseitigen, soll nun die ratio des § 137 sein. Ohne Zweifel haben derartige Erwägungen bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches mitgesprochen. Auch in den Motiven (Bd. 3 S. 77) wird § 137 mit Rücksicht auf diesen Gedanken sachlich gerechtfertigt.

Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß bei einer Resolutivbedingung der fraglichen Art das durch weitere Verfügung auflösend bedingte Recht dadurch dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. § 161 Abs. 3 BGB. macht zwar einen Vorbehalt zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Diese Begünstigung des guten Glaubens gilt aber nur für den rechtsgeschäftlichen Erwerb. Für den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung ist § 161 Abs. 3 nicht anwendbar, vielmehr ist eine solche Verfügung im § 161 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich derjenigen gleichgestellt, die, falls während des Schwebens der Bedingung getroffen, unwirksam ist, soweit sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die hier in Frage stehende Bedingung bezweckt, bei Verfügung über ein Recht dieses an den Rechtsvorgänger oder an einen Dritten gelangen zu lassen. Erfolgt nun eine zwangsweise Verfügung, so muß sie unwirksam sein, da sie sonst die soeben geschilderte Wirkung vereiteln würde. Insofern könnte auch hier der Schuldner durch Setzen einer derartigen Bedingung

sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen. Aus diesem Grunde befürwortet Schott die Unzulässigkeit solcher Bedingungen mit Rücksicht auf § 137.

Daß der Gesichtspunkt einer Verhinderung der Gläubigerbenachteiligung bei Schaffung des § 137 eine Rolle gespielt hat, habe ich bereits oben angedeutet. Sicherlich ist dies aber nicht das ausschlaggebende Moment gewesen. Riezler[5]) sagt, der wahre Grund des § 137 sei ein rein juristisch-technischer gewesen. Denn käme dem Veräußerungsverbot des § 137 dingliche Wirkung zu, so entstände damit ein Recht, das objektiv veräußerlich, subjektiv unveräußerlich sei. Dies würde zu einer Anerkennung eines relativ-dinglichen Rechtes führen. Daß diese Rechte vom Bürgerlichen Gesetzbuch verworfen sind, unterliegt heute keinem Zweifel mehr.[6]) Endemann (Bd. 2 S. 13) bezeichnet es als Gebot der Rechtssicherheit, daß nur Sachenrechte mit absolutem Inhalt anerkannt werden, daß aber vom Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich relativ-dingliche Rechte abgelehnt werden, die eine dingliche Wirkung nur unter bestimmten Personen äußern, also ein subjektiv begrenztes Geltungsgebiet haben. In einer Anmerkung zu § 137 Satz 1[7]) spricht er unumwunden aus, daß der Grund für eine derartige Bestimmung (d. h. § 137 Satz 1) der sei, weil man von solchen relativ-dinglichen Rechten Verwirrung und Unsicherheit befürchtete.

Auch diese Ansicht läßt sich mit einer Äußerung des Gesetzgebers belegen. In den Protokollen[8]) wird die Bestimmung des § 137 geradezu damit motiviert, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in Abweichung vom französischen Rechte die Begründung relativdinglicher Rechte nicht anerkenne. Stellt man sich also auf den Standpunkt, daß aus diesem konstruktiven Gesichtspunkt heraus § 137 zu erklären ist, so kann man nicht ein für den Fall der Weiterveräußerung resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft nach § 137 beurteilen, denn hier gibt es kein relativ-dingliches Recht, hier hat der Vertragsgegner durch die Bedingung ein

---

[5]) Krit. VSchr. Bd. 48 S. 69.
[6]) Endemann Bd. 1 S. 287.
[7]) Endemann Bd. 2 S. 114 Anm. 8.
[8]) Haidlen Bd. 1 S. 166.

Anwartschaftsrecht, das auch Dritten gegenüber, unbeschadet der Vorschrift des § 161 Abs. 3, absoluten Schutz genießt.

Wie so oft, läßt sich auch bei § 137 der wahre Zweck der gesetzlichen Bestimmung nicht feststellen. Ohne Zweifel sind die beiden angeführten Gesichtspunkte bei der Beratung des § 137 von Bedeutung gewesen, ohne daß man aber sagen könnte, das juristisch-technische Moment oder die Rücksicht auf die wirtschaftlichen Folgen hätten den Ausschlag gegeben.

Ich bin dem Gedankengange der Schottschen Abhandlung bis hierher gefolgt, um nachzuprüfen, ob man wirklich durch Erforschung der ratio des § 137 zu einer einwandfreien Entscheidung unserer Frage gelangen kann. Wie die Ausführungen bewiesen haben, ist dies nicht möglich. Je nachdem man den konstruktiven oder den wirtschaftlichen Gesichtspunkt bei Abfassung des § 137 für entscheidend hält, wird man zu verschiedenen Resultaten kommen, im ersten Falle zu einer Bejahung der Zulässigkeit einer Resolutivbedingung mit Rückfall bei Weiterveräußerung trotz § 137, im letzten Falle zu einer Verneinung.

Bei dieser ganzen Prüfung der ratio legis sind wir davon ausgegangen, daß durch die Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung dasselbe Resultat erreicht würde, das durch § 137 verboten ist. Ist dieser Ausgangspunkt nun überhaupt richtig? Ein Blick auf die verbotene Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes und auf die Wirkung des entsprechend bedingten Rechtsgeschäfts wird Klarheit schaffen. Beim rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot würde der durch das Verbot Gebundene, angenommen, das Verbot hätte dingliche Wirkung, bei Übertretung immer noch Eigentümer bleiben, ein Zuwiderhandeln würde nur die Nichtigkeit seiner Verfügung zur Folge haben. Anders ist es bei der Resolutivbedingung. In deren Wesen liegt bei Erfüllung die Endigung der Wirkung des Hauptgeschäfts. Erfüllungstatsache in unserem Falle ist Weiterverfügung. Der mit der Bedingung Belastete würde also bei Verfügung sein Recht verlieren, dieses würde an seinen Vertragsgegner oder an einen Dritten fallen.[9]) Der Tatbestand in dem

[9]) Ebenso Heymann S. 48.

einen oder anderen Falle ist also ein wesentlich verschiedener. Auch bei zwangsweiser Verfügung zeigt sich dasselbe Resultat. Während bei dinglicher Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes nur die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung nichtig wäre, der Schuldner aber Eigentümer der Sache bliebe, verliert er in demselben Falle bei Vorliegen der Resolutivbedingung das Eigentum. Dieses fällt zwar damit nicht an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger, sondern an den bei Eintritt der Bedingung als Anfallsberechtigten Bezeichneten. Schott (S. 333) ist der Meinung, daß, fiele eine solche Resolutivbedingung nicht unter § 137, der Gläubiger überhaupt keine Zwangsvollstreckung vornehmen könne, weil er für sich doch kein Recht erwerbe, sondern nur den Anfall an den Berechtigten bewirke. Ein solches Handeln fiele mithin unter das Schikaneverbot des § 226 BGB. und sei daher verboten, denn es könne keinen anderen Zweck haben, als dem durch die Bedingung Verpflichteten Schaden zuzufügen. Daher sei die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger nicht nur tatsächlich aussichtslos, denn er erwerbe doch kein Pfandrecht, sondern sogar rechtlich ausgeschlossen, der Gläubiger könne also gar nicht gegen den Schuldner mit Zwangsmitteln vorgehen.

Demgegenüber führt Heymann (S. 48f.) mit Recht aus, daß in einer solchen Handlungsweise des Gläubigers keine Schikane zu erblicken sei. Denn in der Gefahr des Verlustes liege ein sehr wertvolles Druckmittel zur Herbeiführung freiwilliger Erfüllung. Indem der Gläubiger aus dieser Erwägung heraus gegen den Schuldner mit Zwangsvollstreckung vorgeht, verfolgt er eben nicht mehr nur den Zweck, dem Schuldner zu schaden, und damit entfällt die Voraussetzung des § 226 BGB.

Es hat sich demnach im Laufe der Erörterung gezeigt, daß es sich bei dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot und der Resolutivbedingung mit Weiterveräußerung als Erfüllungstatsache trotz mancher Ähnlichkeiten in der Wirkung um recht verschiedene praktische Ergebnisse handelt.[10]) Daher hat man im Falle des § 161 eine gegenüber § 137 BGB. selbständige Vor-

[10]) Heymann S. 49.

schrift zu erblicken und Veräußerungsbeschränkungen durch dinglich wirkende Bedingungen zuzulassen.

Außer den bereits zitierten Schriftstellern sprechen sich noch zahlreiche andere für Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung — zum Teil auch noch für das gemeine Recht, jedoch meist ohne nähere Begründung — aus.[11])

Die von Schott verfochtene Ansicht wird u. a. vertreten von Crome (Bd. 1 S. 379), allerdings nicht mit derselben Begründung, sondern entsprechend dem oben S. 24 Gesagten, und von Schloßmann (Teil 2 S. 382), dieser ohne nähere Begründung.

Was für Schott, wie oben ausgeführt, am meisten gegen die Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung ausschlaggebend ist, ist die allerdings nicht zu verkennende Gefahr, daß dadurch möglicherweise Mittel und Wege geboten sind, die Gläubiger zu benachteiligen. Daß diese Möglichkeit natürlich keine genügende Rechtfertigung für die Unzulässigkeit der Bedingung ist, habe ich bereits bewiesen. Es werden sich im übrigen oft auch Handhaben finden lassen, um dem unredlichen Schuldner eine derartige Benachteiligung seiner Gläubiger unmöglich zu machen, also bei Beibehaltung der Resolutivbedingung auf rechtlichen Umwegen dasselbe Resultat zu erzielen, das Schott nur dadurch erreichen zu können glaubt, daß er die Bedingung für unzulässig erklärt. Sehr oft wird nämlich die in Bedingungsform gekleidete Klausel des Verfügungsverbotes nur zum Schein getroffen werden.[12]) Dann kann der Gläubiger gemäß § 117 BGB. ihre Nichtigkeit geltend machen. Abgesehen hiervon bietet das Gesetz v. 21. 7. 1879 betr. die Anfechtung

---

[11]) Planck Bd. 1 S. 247; Scherer, Allgem. Teil S. 262; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 906; Vangerow Bd. 1 S. 552; Glück Bd. 16 S. 66 Ziff. 2; Staudinger Bd. 1 S. 472 (in der Begründung übereinstimmend mit Riezler in Krit. VSchr. Bd. 48); Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 418; Komm. d. RGRäte Bd. 1 S. 125; Fischer-Henle Anm. 6 zu § 137 S. 83; Reichel in Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 76; Philipp in den Bl. f. RA. Bd. 64 S. 356; Brütt S. 68; Kistner S. 83—85; Wurzel S. 68; Buth S. 71; Schöny S. 64.

[12]) vgl. hierzu Riezler in Krit. VSchr. Bd. 48 S. 69.

von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens dem benachteiligten Gläubiger bei Benachteiligungsabsicht wertvolle Hilfsmittel.

§ 8.

2. Kann dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung verliehen werden?

§ 137 versagt, wie bereits oben im § 4 ausgeführt, dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot dingliche Wirkung. Es entsteht nun aber die Frage, ob diese Wirkung nicht durch Eintragung des Verbotes in das Grundbuch erzielt werden kann, ob eine solche Eintragung zulässig ist. Eine Beantwortung dieser Frage ist nur möglich nach einer Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit der Rechte überhaupt. Es steht nicht im Belieben der Parteien, zu bestimmen, welche Rechte im Grundbuch eingetragen werden sollen,[1]) sondern das Gesetz hat den Kreis der eintragungsfähigen Rechte fest bestimmt.

Um in das Grundbuch eingetragen werden zu können, muß ein Recht zunächst eintragungsfähig, dann aber auch eintragungsbedürftig sein. Nicht alle Rechte bedürfen, um Wirkung gegen jedermann auszuüben, der Eintragung. Hierzu gehören z. B. die Rechte auf die sogen. Überbau- und Notwegrente (§§ 914, 917 BGB.), ferner die absoluten Veräußerungsverbote des § 134 BGB. Neben der Eintragungsbedürftigkeit steht dann noch das Erfordernis der Eintragungsfähigkeit. Eintragungsfähig sind zunächst die dinglichen Rechte. Ihre Zahl ist, was heute auch die überwiegende Zahl der Schriftsteller anerkennt, im geltenden Recht fest umgrenzt. Das Gesetz hat es den Parteien nicht in die Hand gegeben, jedem beliebigen Recht dingliche Wirkung zu verleihen. So hoch auch für eine Rechtsordnung das Prinzip der Vertragsfreiheit zu schätzen ist, erfordert doch das Gebot der Rechtssicherheit auf der anderen Seite eine Einschränkung

[1]) RG. Bd. 55 S. 273.

dieses Prinzips für das Gebiet des Sachenrechts. Auch in den Motiven (Bd. 3 S. 77) kommt es zum Ausdruck, daß der Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse eine allgemeine Wahrheit ist, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat, daß dingliche Rechte daher nur nach Maßgabe besonderer Vorschriften begründet werden können.[2]) Auch einen vermittelnden Begriff zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten, wie ihn das allgem. Landrecht in dem ius ad rem, dem Recht zur Sache, hatte und damit unter bestimmten Voraussetzungen eine gewisse Verdinglichung jedes persönlichen Rechtes herbeiführen konnte, kennt unser Recht nicht mehr, weil dadurch nur die im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit der bestehenden rechtlichen Verhältnisse nötige scharfe Grenzlinie zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten verwischt wird. Für die dinglichen Rechte gilt das Prinzip des sogen. numerus clausus; nur was vom Gesetz ausdrücklich als dingliches Recht anerkannt ist, kann dingliche Wirkung erzielen. Dingliche Rechte an Grundstücken sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. BGB., Reallast und das Grundstückspfandrecht in Gestalt der Hypothek, Grund- und Rentenschuld. Nur was in diesem Kreise enthalten ist, kann als Recht an Grundstücken begründet und eingetragen werden.[3]) Die Eintragung anderer Rechte, denen durch Parteivereinbarung dingliche Wirkung beigelegt werden soll, ist ausgeschlossen. Daraus ergibt sich die Verneinung der das Thema dieses Abschnitts bildenden Frage.

Eintragungsfähig ist ferner nach § 892 Abs. 1 Satz 2 eine Verfügungsbeschränkung bezüglich eines im Grundbuche eingetragenen Rechtes, also z. B. des Eigentums. Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot stellt zweifellos eine Verfügungsbeschränkung dar. Fällt es aber mit unter die im § 892 Abs. 1 Satz 2 Bezeichneten? Manche sind geneigt, dies wegen der allgemeinen Fassung der gesetzlichen Bestimmung: „Ist der Berechtigte in

[2]) Staudinger Bd. 3 S. 2.
[3]) Ebenso Staudinger Bd. 3 S. 84.

der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt . . ." zu bejahen.[4]) Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 892 beweist aber das Gegenteil.[5]) Im 1. Entwurf lautete der dem heutigen § 892 entsprechende § 837: „Zugunsten des redlichen Erwerbes gilt ein zu dieser Zeit aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Veräußerungsverbot, welches nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen durch Gesetz, gerichtliche Verfügung oder Rechtsgeschäft begründet ist, als nicht bestehend". Der 1. Entwurf ließ also eine Verdinglichung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes zu. In demselben Sinn äußern sich auch die Motive (Bd. 3 S. 216). Der 2. Entwurf, der die Veräußerungsverbote ausdrücklich in gesetzliche (§ 101 des 2. Entw.), richterliche (§ 102 des 2. Entw.) und rechtsgeschäftliche (§ 102 a des 2. Entw.) einteilte, sagte in seinem dem heutigen § 892 analogen § 810: „Ein Veräußerungsverbot der in den §§ 101 u. 102 bezeichneten Art ist dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn es aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist". Hier wurde also das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht miteinbezogen. „Man beschloß, bei diesem Paragraphen das Veräußerungsverbot der §§ 101 u. 102 zu erwähnen."[6])

Aus der Tatsache nun, daß § 892 BGB. nicht in dieser einschränkenden Weise, sondern ganz allgemein von Verfügungsbeschränkungen spricht, folgern die Anhänger der hier bekämpften Ansicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch damit auf den Standpunkt des 1. Entwurfs zurückgekehrt sei, und daß eine Eintragung auch des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots in das Grundbuch zulässig sei. Dies ist aber ein Trugschluß. Nicht aus diesem Grunde hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 892 eine getrennte Behandlung des gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbots einerseits und des rechtsgeschäftlichen andererseits unterlassen. Die allgemeine Fassung des § 892 wurde deshalb gewählt,[7]) weil man damit auch diejenigen Beschränkungen

[4]) So z. B. Böhm S. 64.

[5]) vgl. hierzu Zentralbl. Bd. 1 S. 516ff.; Staudinger Bd. 3 S. 184.

[6]) Prot. Bd. 2 S. 76.

[7]) Prot. Bd. 6 S. 386.

treffen wollte, die sich für den eingetragenen Berechtigten aus dem Rechte eines Testamentsvollstreckers und eines Nacherben ergeben.[8])

Wer trotzdem noch an eine Eintragungsmöglichkeit des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots auf Grund des § 892 glaubt, sollte von dem Gegenteil durch die unumwundene, keinem Zweifel unterliegende Bestimmung des § 137 Satz 1 überzeugt werden. „Man kann dem Gesetzgeber nicht zumuten, daß er sich in § 892 wieder selbst desavouiere und gleichsam durch eine Hintertüre trotzdem die Verdinglichung solcher Beschränkungen wieder zulasse, obwohl dies einen vollen Bruch mit dem Prinzip bedeuten würde.“ [9])

Zu dem Kreis der eintragungsfähigen Bestimmungen gehören weiter neben den dinglichen Rechten und den Verfügungsbeschränkungen des § 892 Abs. 1 Satz 2 noch Vormerkungen und Widersprüche. Letztere kommen für unsere Frage nicht in Betracht, da sie gegen ein gegenwärtig im Grundbuch eingetragenes Recht protestieren, ein Fall, der bei uns nicht vorliegt. Wohl aber haben wir zu prüfen, ob dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot dingliche Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung gewährt werden kann. Hier liegt eine Bejahung viel näher. In der Tat ist die Zahl der Schriftsteller, die auf diesem Wege dingliche Sicherung des Veräußerungsverbots des § 137 herbeiführen wollen, weit größer als die, die dies auf die vorherbezeichnete Weise versuchen. Denn der Gesetzgeber läßt ja in § 137 Satz 2 ausdrücklich eine obligatorische Wirkung des Verbots zu. Die Vormerkung nun dient gerade zur Sicherung obligatorischer Ansprüche. Daraus folgert man, daß auch der aus dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot entspringende obligatorische Anspruch auf Nichtveräußerung durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch dinglich gesichert werden könne. So einfach liegt der Fall jedoch nicht. Man muß sich vergegenwärtigen, daß man nicht jeden beliebigen obligatorischen

---

[8]) Dasselbe Ergebnis wie hier u. a. auch in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 66 S. 524.

[9]) ZBlFG. Bd. 1 S. 518.

Anspruch vormerken kann. Wäre dies möglich, so wäre die oben S. 31 zitierte Ausführung der Motive, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit in dieser allgemeinen Form nicht für das Sachenrecht gelte, nur eine leere Phrase, denn mit Hilfe der Vormerkung könnten die Parteien jedem beliebigen obligatorischen Anspruch dingliche Wirkung verschaffen, es könnten dingliche Mietsrechte usw. begründet werden. Denn die Vormerkung macht jede Verfügung, die nach ihrer Eintragung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.[10]) Eine derartige Möglichkeit konnte natürlich nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen. Schon der Begriff, das Wesen der Vormerkung muß das Gegenteil klar werden lassen. Die Vormerkung schafft ein Provisorium. Eine künftig möglicherweise eintretende Rechtsänderung wird durch sie angezeigt. „Die Vormerkung prophezeit.“[11]) Sie soll also einen obligatorischen Anspruch auf künftige Rechtsänderung dinglich sichern und so dem Berechtigten denselben Schutz gewähren, den er bei der eingetretenen Rechtsänderung an sich haben würde. Diese Betrachtung führt uns zu unseren allgemeinen Ausführungen über die Eintragungsfähigkeit der Rechte zurück. Denn den durch die Vormerkung gewährten Schutz genießen nur eintragungsfähige Rechte. Nur der obligatorische Anspruch also, der auf Verwirklichung einer dinglichen, eintragungsfähigen Rechtsänderung gerichtet ist, eignet sich zur Vormerkung.[12]) Daher begrenzt auch § 883 Abs. 1 BGB. die vormerkungsfähigen obligatorischen Ansprüche, indem er nur solche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechts als darunter fallend erklärt. Als Resultat dieser Untersuchung kann also gesagt werden, daß nur derjenige obligatorische Anspruch, der seine Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden kann, durch Eintragung einer Vormerkung eine gewisse dingliche Sicherung erfahren kann.

---

[10]) vgl. § 883 Abs. 2 BGB.

[11]) Reichel in Jherings Jahrb. Bd. 46.

[12]) Endemann Bd. 2 S. 408.

Zu diesem Ergebnis kommen u. a. auch: Endemann (Bd. 2 S. 408), Oberneck (Bd. 1 S. 346), Güthe (Bd. 1 S. 560), Staudinger (Bd. 3 S. 134, 139), Reichel (in Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 71), Juristische Wochenschrift (1902 Beil. S. 116), Reichsgericht (Bd. 55 S. 272 f.), Kammergericht (Bd. 20 A S. 94 f.).

Eine Anwendung dieses allgemein geltenden Satzes auf unseren speziellen Fall führt zu der Erkenntnis, daß auch durch Eintragung einer Vormerkung das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot dinglich nicht gesichert werden kann. Vorzumerken wäre der durch § 137 Satz 2 gewährte obligatorische Anspruch auf Unterlassung jeder Weiterveräußerung. Dieser Anspruch kann, da § 137 Satz 1 ihm ausdrücklich dingliche Wirkung versagt und das Verbot des § 137 auch nicht unter § 891 Abs. 1 Satz 2 fällt, nicht endgültig eingetragen, daher auch nicht durch Vormerkung gesichert werden. Ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit einer Vormerkung in diesem Falle ist, daß es sich um einen Anspruch auf Unterlassung handelt. Ein derartiger Anspruch ist überhaupt nicht vormerkungsfähig,[13]) denn bei ihm soll ja nicht eine künftige Rechtsänderung, sondern die Erhaltung eines bestehenden Rechtszustandes gesichert werden. Der durch Vormerkung zu sichernde Anspruch muß auf künftige Eintragung abzielen, ausgeschlossen ist also ein solcher, der künftige Nichteintragung bezweckt.[14])

Für die Zulässigkeit einer Vormerkung des Anspruchs aus § 137 Satz 2 spricht sich u. a. aus Staudinger (Bd. 3 S. 184), der ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot insoweit für eintragbar erklärt, als für eine bestimmte Person ein Anspruch auf ein eintragungsfähiges Recht am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht durch Vormerkung gesichert zu werden vermag. Diese Voraussetzung trifft aber für das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht zu. Staudinger setzt sich auch mit der Annahme einer solchen Zulässigkeit mit seinen allgemeinen Ausführungen bei der Vormerkung in Widerspruch.[15])

---

[13]) Ebenso Güthe Bd. 1 S. 560; Staudinger Bd. 3 S. 139; Reichel in Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 76.

[14]) Reichel a. a. O.

[15]) Staudinger Bd. 3 S. 134, 139.

Ebenso geht es Güthe, der bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Vormerkung den oben vertretenen Standpunkt einnimmt,[16]) dann aber trotzdem den aus dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot entspringenden obligatorischen Anspruch für vormerkungsfähig erklärt.[17])

Oberneck (Bd. 1 S. 346) lehnt die Zulässigkeit der Vormerkung für unseren Fall ab. Seine weiteren Ausführungen aber (Bd. 1 S. 312), daß, falls derjenige, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot rechtsgeschäftlich bestimmt ist, daraus einen Anspruch auf ein eintragungsfähiges Recht herleiten könne, dieses vormerkungsfähig sei, treffen nicht zu, soweit damit das Verbot des § 137 gemeint ist.

In denselben Widerspruch setzt sich schließlich Turnau-Förster (Bd. 1 S. 153 mit S. 196).

Die von mir bekämpfte Ansicht findet sich noch vertreten bei Männer (S. 47) und bei Gruchot (Bd. 41 S. 857).

Gegen die Zulässigkeit der Sicherung durch Vormerkung sprechen sich u. a. aus: Schott (S. 319), Endemann (Bd. 2 S. 114/15 Anm. 9), Juristische Wochenschrift (1902 Beil. S. 116), Brütt (S. 68).

Anders zu behandeln sind jedoch die obligatorischen Ersatzansprüche bei eintretender Verletzung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots. Ist z. B. für den Fall der Zuwiderhandlung eine Konventionalstrafe vereinbart, so kann der Berechtigte bei ihrer Verwirkung im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek eintragen lassen,[18]) allerdings mit der Beschränkung des § 866 Abs. 3 ZPO. Hier ist auch schon vorher die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Konventionalstrafe zulässig. Denn die Vormerkung ist auch für einen künftigen obligatorischen Anspruch zulässig, vorausgesetzt immer, daß den Erfordernissen des § 883 genügt ist. Dies ist hier der Fall, denn es soll ja ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück gesichert

---

[16]) Güthe Bd. 1 S. 560.
[17]) Güthe Bd. 1 S. 222.
[18]) vgl. Schott S. 319 Anm. 2.

werden. Denselben Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht[19]) in einer seiner neueren Entscheidungen ein. In einem Vertrage wurden für den Fall der Veräußerung an einen Polen 3000 Mk. Konventionalstrafe vereinbart, und es wurde eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung dieser Konventionalstrafe eingetragen, falls der Eigentümer des Grundstücks dieses an eine Person polnischer Nationalität veräußern sollte. Als das Grundstück trotzdem an einen Polen veräußert wurde, erhob der erste Verkäufer gegen seinen Vertragsgegner Klage auf Einwilligung, daß mit dem Range der Vormerkung eine Sicherungshypothek in Höhe der Konventionalstrafe eingetragen werde; gegen den Käufer klagte er auf Erteilung der Zustimmung zu dieser Eintragung. Die Klage war von Erfolg begleitet, denn auch das Reichsgericht vertrat die oben geschilderte Ansicht, daß eine derartige dingliche Sicherung der Ersatzansprüche mit § 137 sich sehr wohl in Einklang bringen läßt.[20])

Im § 7 haben wir des näheren ausgeführt, daß ein durch die Tatsache der Weiterveräußerung resolutiv bedingter Vertrag trotz § 137 zulässig ist; § 161 Abs. 3 BGB. macht nun aber einen Vorbehalt zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. Dieser Vorbehalt greift lückenlos durch gegenüber dem Erwerbe von Mobilien, weil es hier keine Mittel gibt, um durch eine bestimmte Verlautbarung des Rechtsverhältnisses einen sei es auch nur fiktiven Ausschluß des guten Glaubens beim rechtsgeschäftlichen Erwerbe herbeizuführen. Ein solches Mittel bildet für das Immobiliarrecht die Grundbucheintragung. Hier zeigt sich aber die Schwierigkeit, daß für die Eigentumsübertragung die Hinzufügung einer Bedingung unzulässig ist. „Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.“[21]) Die Parteien können sich aber in der Weise helfen, daß sie zwar die Übereignung in der vom Gesetz vorgeschriebenen unbedingten Form vornehmen, daß sich aber der Verkäufer einen Anspruch auf Rückauflassung für den Fall der

---

[19]) RG. Bd. 73 S. 16ff.

[20]) Ebenso Endemann Bd. 2 S. 114/15; Güthe Bd. 1 S. 222.

[21]) § 925 Abs. 2 BGB.

Weiterveräußerung vorbehält. Praktisch wird damit ja zweifellos § 925 Abs. 2 vereitelt. Dennoch ist deswegen eine derartige vertragliche Festsetzung nicht ungültig. Denn § 925 Abs. 2 ist in das Gesetz eingefügt,[22]) weil der Inhalt des Grundbuchs für das Eigentum klare und sichere Rechtszustände verlautbaren soll und der Zweifel, ob der Tatbestand einer Bedingung erfüllt oder eine Frist abgelaufen sei, die Eigentumsfrage nicht verdunkeln darf. Diesen Voraussetzungen wird genügt, wenn die Auflassung unbedingt stattfindet, der Verkäufer sich aber einen Anspruch auf Rückauflassung unter bestimmten Voraussetzungen, hier also bei Weiterveräußerung, einräumen läßt. Dieser Anspruch ist, da er ja auf den Erwerb eines Rechts an einem Grundstück, nämlich des Eigentums, geht, vormerkungsfähig. Dadurch wird eine Beeinträchtigung des obligatorischen Rückübertragungsrechts gehindert,[23]) und zwar in vollem Umfange, nicht durch § 161 Abs. 3 beschränkt, denn der Erwerber kann sich bei Verlautbarung des betreffenden Anspruchs durch Eintragung im Grundbuch nicht auf seinen guten Glauben berufen. Auch Endemann[24]) hält diese Art der dinglichen Sicherung für zulässig, weil der auf Rückauflassung gerichtete Anspruch in seinem Enderfolge auf den Erwerb eines dinglichen Rechts geht. Planck (Bd. 1 S. 247) erklärt sich ebenfalls für eine solche mittelbare dingliche Sicherung, und auch Reichel (S. 76) hält dieses Verfahren mit § 925 Satz 2 BGB. für vereinbar. Ohne nähere Begründung sprechen sich schließlich noch für die Zulässigkeit der dinglichen Sicherung einer solchen Resolutivbedingung aus: Staudinger (Bd. 3 S. 139), Windscheid-Kipp (Bd. 1 S. 906), Dernburg (Bürgerl. R. Bd. 1 S. 418), Buth (S. 71), Komm. der RGRäte (Bd. 1 S. 125), Reichsgericht (RG. Bd. 55 S. 78).

Schließlich sei noch auf eine andere Möglichkeit, das rechtsgeschäftliche Veräußerungverbot dinglich zu sichern, hingewiesen. Bei vielen Schriftstellern, die sich mit dem rechtsgeschäftlichen

---

[22]) Endemann Bd. 2 S. 106.

[23]) vgl. Wollstadt S. 42.

[24]) Endemann Bd. 2 Teil 1 S. 114 f., Bd. 2 S. 408 Anm. 27 mit S. 401 Anm. 12.

Veräußerungsverbot beschäftigt haben, ist ausgesprochen, daß bei einer Gefährdung des sich aus § 137 Satz 2 ergebenden obligatorischen Anspruchs durch eine einstweilige Verfügung ein richterliches Veräußerungsverbot erlangt werden könne, das dann gemäß §§ 135, 136 zum Schutze des Berechtigten dinglich wirke.[25]) Man ist dort aber nie auf die Tragweite einer derartigen einstweiligen Verfügung eingegangen, hat nie des näheren untersucht, inwieweit das dadurch erlangte richterliche Veräußerungsverbot seine Wirkung äußert. Es ist das Verdienst Schotts, der in seiner hier schon oft zitierten Abhandlung (S. 319 ff.) die Möglichkeit der Einwirkung einer einstweiligen Verfügung und die Grenzen ihrer Wirksamkeit in überzeugender Weise darstellt. Auch Schott (S. 319) erkennt zunächst an, daß im Falle der Gefährdung der Schutz des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots durch ein richterliches Verbot und damit dingliche Sicherung zulässig ist. Er hält die einstweilige Verfügung für möglich bei der sogen. Feststellungsklage, daß nämlich dem anderen Teil das Recht der Veräußerung nicht zustehe. Die Frage, ob sie auch bei einer Leistungsklage auf künftiges Unterlassen einer solchen Veräußerung vorkommen kann, läßt Schott (S. 320) offen. Ich halte die letzte Klage für unzulässig. Denn es muß sich im Falle des § 259 ZPO. um eine künftige Leistung handeln. Beim rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot liegt kein Anspruch auf künftige Unterlassung vor; mit der vertraglichen Festsetzung des Verbots entsteht ein Anspruch auf gegenwärtige Unterlassung. Der Anspruch geht auf gegenwärtiges Verhalten,[26]) wenngleich die Verurteilung nur dem künftigen Verhalten gegenüber von Bedeutung ist. Er ist also wie jeder andere fällige Anspruch zu behandeln.

Dagegen ist eine Klage auf Feststellung, daß der Schuldner nicht das Recht zur Veräußerung habe, wohl möglich. Damit ist also das Anwendungsgebiet der einstweiligen Verfügung beschränkt. Eine Feststellungsklage ist natürlich nur da von Be-

---

[25]) So z. B. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 417 f.; Staudinger Bd. 3 S. 139, 184; Güthe Bd. 1 S. 222; Brütt S. 68; Oberneck Bd. 1 S. 312.

[26]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 1 S. 584.

deutung, wo es wirklich etwas festzustellen gibt, wenn also in unserem Falle der Schuldner das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots bestreitet bezw. aus seinem Verhalten eine Nichtachtung desselben sich erwarten läßt. Wo dies nicht der Fall ist, wo also der Schuldner ohne weiteres das Vorliegen eines solchen Verbots zugibt, erübrigt sich eine Feststellungsklage und damit auch eine einstweilige Verfügung. Sind aber ihre Voraussetzungen gegeben, so kann auch eine Sicherung durch Einwirkung einer einstweiligen Verfügung erzielt werden. Eine derartige Anordnung ist als ein richterliches Veräußerungsverbot anzusehen und äußert dingliche Wirkung, ohne jedoch gutgläubigen Erwerb unmöglich zu machen (vgl. § 136). Will sich der Berechtigte auch gegen diese Möglichkeit sichern, so kann auf Grund der einstweiligen Verfügung im Grundbuch Eintragung einer Vormerkung verlangt werden (vgl. § 885 BGB.). Die einstweilige Verfügung, die dem Schuldner die Veräußerung untersagt, verfolgt den Zweck, die Feststellungsklage nicht dadurch illusorisch zu machen, daß der Beklagte die Möglichkeit hat, dem Klagebegehren zum Hohn während des Prozesses die Veräußerung vorzunehmen. In diesem Zweck liegen aber auch die Grenzen ihrer Wirksamkeit. Diese ist nämlich auf die Zeit bis zum Urteil beschränkt.[27]) Ist im Urteil rechtskräftig festgestellt, daß der Beklagte infolge des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots die Verpflichtung der Nichtveräußerung übernommen hat, so ist der Zweck der einstweiligen Verfügung erfüllt. Sie kann natürlich nicht etwa zur Vollstreckung des Urteils dienen, denn eine solche ist ja bei der Feststellungsklage ihrer Natur nach ohnehin schon ausgeschlossen. Auch eine auf Grund der einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung wird mit Rechtskraft des Urteils gegenstandslos und ist von Amts wegen zu löschen. Diese Konsequenzen muß man ziehen, will anders man dem Gesetzgeber nicht den Vorwurf machen, daß er auf der einen Seite strikte Gebote aufstelle, auf der anderen aber den Parteien die Möglichkeit in die Hand gebe, auf Umwegen doch den verbotenen Erfolg zu erreichen. Es ist daher zu leugnen,

[27]) vgl. Schott S. 320.

daß es allgemein zulässig ist, bei Gefährdung des obligatorischen Anspruchs aus § 137 Satz 2 Sicherung durch eine einstweilige Verfügung zu erlangen, vielmehr ist daran festzuhalten, daß nur unter den oben angegebenen Voraussetzungen und mit der dort geschilderten beschränkten Wirksamkeit ein solches richterliches Veräußerungsverbot zulässig ist.

§ 9.

3. Gibt es ein besonders geartetes Treuhändereigentum?

In der Literatur wird vielfach behauptet, der Treuhänder habe ein durch zweckwidrige Verfügung auflösend bedingtes Eigentum. Der Treuhänder ist also in der freien Verfügung über das Treugut beschränkt, er soll nur entsprechend den Zwecken der Treuhand verfügen. Im § 7 dieser Abhandlung habe ich die Zulässigkeit der Hinzufügung solcher Resolutivbedingungen nachgewiesen. Die Gegner dieser Ansicht[1]) müssen zu der Entscheidung kommen, daß ein derartiges resolutiv bedingtes Treuhändereigentum unzulässig ist, weil es dem § 137 zuwiderläuft.

In diesem Abschnitt soll, indem von der Zulässigkeit eines solchen Treuhändereigentums ausgegangen wird, untersucht werden, ob jeder Treuhänder ohne weiteres nur dieses beschränkte Eigentum besitzt, ob es also ein rechtlich besonders zu beurteilendes Treuhändereigentum gibt oder ob die Übertragung dieses bedingten Eigentums ausdrückliche Vereinbarung voraussetzt. Es soll demnach das Treuhänderverhältnis nur im Hinblick hierauf untersucht werden, denn es würde weit über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen, wollte man hier die verschiedenen rechtlichen Beziehungen und Folgerungen, die sich aus der Treuhand ergeben, ausführlich erörtern. Nur soweit es zur Entscheidung unserer besonderen Frage erforderlich erscheint, soll in Kürze auf Einzelheiten eingegangen werden.

Zunächst ist es nötig, auf die geschichtlichen Wurzeln der Treuhand zurückzugehen, denn so moderner Anwendung das Institut der Treuhand auch fähig ist, so hat es doch seinen Ursprung schon im ältesten römischen und deutschen Recht.

---

[1]) So z. B. Schloßmann S. 382.

Der Treuhänder hat fremde Rechte als Eigenrechte empfangen mit der Bestimmung, sie zwar im eigenen Namen, aber nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen.[2]) Ihm wird also eine gewisse rechtliche Macht verliehen in der Voraussetzung, daß er seine Stellung nur zu einem bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnützen werde.[3]) Je nach der verschiedenen Wirkung, die diese Zweckbestimmung auf das ganze Treuhandverhältnis, insbesondere aber auf bestimmungswidrige Verfügungen des Treuhänders ausübt, läßt sich bei der geschichtlichen Behandlung eine scharfe Scheidung zwischen dem römischen und deutschen Recht machen.[4]) Die Römer kannten fiduziarische Rechtsübertragungen zu den verschiedensten Zwecken; ich denke nur an das Manzipationstestament, an die Pfandfiduzia, an die fiducia cum amico contracta, die vornehmlich zu Verwahrungszwecken geschlossen wurde. In allen Fällen erhielt der Fiduziar volles, unbeschränktes Eigentum. Mittels des nebenher abgeschlossenen pactum fiduciae verpflichtete er sich zu einem den Zwecken der fiducia entsprechenden Gebrauch. Diese Abrede wirkt aber nur obligatorisch. Handelte demnach der Fiduziar doch dem pactum fiduciae zuwider, so war seine Verfügung trotzdem wirksam, der Dritte erwarb Eigentum. Diese den Zweck der fiducia so weit überschießende Rechtsmacht des Fiduziars, auf der anderen Seite die wenig rechtlich gesicherte, ganz auf die Ehrlichkeit des Fiduziars angewiesene Stellung des Treugebers war der Hauptmangel der römischen fiducia. Die Römer suchten dadurch eine Verhütung möglichen Treubruchs zu erreichen, daß sie als Folge der actio fiduciae Infamie eintreten ließen, eine radikale Maßregel natürlich, die die rechtlichen Mängel der römischen Konstruktion der fiducia nicht zu beseitigen vermag.

Anders wirkt die beschränkende Zweckbestimmung bei der Treuhand des deutschen Rechts. Hier wird bei der Übergabe zu treuer Hand die Zweckbestimmung mit in den dinglichen

---

[2]) Schultze S. 1f.; Staudinger Bd. 1 S. 552.
[3]) Regelsberger S. 172.
[4]) vgl. zum folgenden Schultze S. 6ff.

Vertrag aufgenommen und das Eigentum des Treuhänders dadurch zugleich zu einem durch zweckwidrige Verfügung auflösend bedingten gemacht. Handelt hier also der Treuhänder seiner Treupflicht zuwider, so ist diese Verfügung infolge der dinglichen Wirkung des Eintritts der Bedingung nichtig. Eine Schädigung des dritten Erwerbers verhütet das das germanische Fahrnisrecht beherrschende Hand-wahre-Hand-Prinzip, wonach der gutgläubige Dritte doch Eigentümer wird. Im Immobiliarrecht half das Institut der rechten Gewere, durch deren Erlangung seitens des Dritten der Treugeber seiner Rechte durch Verschweigung verlustig ging. Gerade in diesem Schutz des Dritten findet Schultze (S. 13) mit Recht den Grund des Unterschiedes der germanischen von der römischen Treuhand. Der Satz „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ machte eine dingliche Sicherung des Treugebers unmöglich. Denn da durch ihn der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen wurde, der Erwerber also alle Beschränkungen des erworbenen Rechts, falls sie dingliche Wirkung geäußert hätten, gegen sich hätte gelten lassen müssen, so wäre die Verkehrssicherheit auf das schwerste gefährdet worden. Die glückliche Vereinigung der Rechtsmacht des Treuhänders mit der dinglichen Sicherung des Treugebers bildet einen unleugbaren Vorzug der germanischen Konstruktion der Treuhand vor der römischen.

Nach diesem geschichtlichen Rückblick ist die Frage zu beantworten: Läßt das Bürgerliche Gesetzbuch auch heute noch ein Treuhandverhältnis zu? Für die Treuhänderschaft des römischen Rechts ist dies unbedenklich zu bejahen. Wir scheiden bei dieser scharf zwischen dem dinglichen Übereignungsvertrag und einer die Zweckbestimmung enthaltenden obligatorischen Nebenabrede. Für diese gilt das vom Bürgerlichen Gesetzbuch für das Gebiet des Obligationenrechtes zur vollen Geltung gebrachte Prinzip der Vertragsfreiheit. Soweit also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine vertragliche Festsetzung nicht kraft positiver Vorschrift unzulässig ist, wird man auch dem pactum fiduciae seine Wirkung nicht versagen dürfen.

Auch die Möglichkeit der Treuhänderschaft deutschrechtlicher Gestaltung ist für das moderne Recht gegeben. Ich halte

mich hier nur an den Fall, wo der Treuhänder Eigentum erlangt, erkenne aber die Schultzesche Einteilung[5]) der Treuhänderschaft an, der außer dem Treuhänder mit sogen. Vollrecht (d. h. Eigentum) noch den Treuhänder mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand und mit bloß obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts unterscheidet. Die Möglichkeit eines resolutiv bedingten Eigentums leugnet das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, insbesondere ergibt sich per argumentum e contrario aus § 925 Abs. 2 BGB., daß die bedingte Tradition beweglicher Sachen möglich ist. Daß ferner auch ein durch zweckwidrige Verfügung resolutiv bedingtes Eigentum zulässig ist, habe ich im § 7 dieser Abhandlung bewiesen.[6]) Die Schottsche Ansicht, daß durch Hinzufügung derartiger Resolutivbedingungen eine Gläubigerbenachteiligung eintritt, läßt sich gerade mit Bezug auf die Treuhand widerlegen. Die Gläubiger des Treuhänders, die durch das in bedingter Form beigefügte Veräußerungsverbot vom Treugut ferngehalten werden, haben vom Standpunkt der Billigkeit aus kein Recht auf dieses; denn wirtschaftlich betrachtet gehört es nicht dem Treuhänder, sondern dem Treugeber. Die Gläubiger des Treugebers, die ebenfalls sich nicht an das Treugut halten können, da dieses ja nicht im Eigentum ihres Schuldners, sondern im Eigentum des Treuhänders steht, haben die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch des Treugebers gegen den Treuhänder zu pfänden und auf diese Weise doch zu ihrem Rechte zu kommen. Die Ausführungen Schloßmanns (S. 382) gegen die Zulässigkeit des bedingten Eigentums des Treuhänders sind nicht überzeugend, denn die seiner Meinung nach dadurch heraufbeschworene Gefahr einer Gefährdung der Verkehrssicherheit wird durch den starken Schutz des guten Glaubens im Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt.

Gegen ein resolutiv bedingtes Treuhändereigentum bestehen sonach keine grundsätzlichen Bedenken. Es fragt sich jetzt nur noch, ob die Bedingtheit des Eigentums bei einem Treu-

[5]) Schultze S. 32.

[6]) Für die Möglichkeit des resolutiv bedingten Eigentums des Treuhänders u. a. Kohler Bd. 1 S. 429; Schöny S. 19; Heymann S. 42; Schultze S. 20f.; mit Einschränkung auch Staudinger Bd. 1 S. 552.

handverhältnis an sich anzunehmen ist oder ob sie von dem, der sich darauf beruft, für den einzelnen Fall dargetan werden muß, mit anderen Worten, ob es ein besonderes Treuhändereigentum gibt. Dies ist bei dem gänzlichen Schweigen des Gesetzes zu verneinen. Unser Recht kennt kein durch Rechtsgeschäft beliebig herstellbares Treuhandverhältnis,[7]) es ist nur möglich, die fiduziarische Beredung im Einzelfalle durch bestimmte Vereinbarung dinglich zu schützen. Der Annahme, daß beim Vorliegen einer Treuhänderschaft das Eigentum des Treuhänders ohne weiteres resolutiv bedingt sei, widerspricht z. B. schon § 925 Abs. 2; für den Fall der Übertragung von Immobiliareigentum ist diese Annahme also abzulehnen. Hier kann sich der Treugeber nur dadurch sichern, daß er sich für den Fall des Treubruchs, des Todes usw. des Treuhänders einen Anspruch auf Rückauflassung vorbehält und diesen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung dinglich sichert.[8]) Gegen die Zulässigkeit solchen Vorgehens ist nichts einzuwenden.

Die Unrichtigkeit der Annahme eines ipso iure resolutiv bedingten Eigentumes des Treuhänders tritt auch dann besonders klar zutage, wenn der Treuhänder das Treugut nicht vom Treugeber selbst, sondern von einem Dritten erwirbt. Hier wäre ein resolutiv bedingtes Eigentum ein Nonsens, denn mit dem Rückfall an den Dritten bei Treubruch wäre dem Treugeber natürlich nicht gedient. Schöny (S. 21) ist allerdings im Unrecht, wenn er annimmt, daß bedingte Rechtszuwendung nur bei unmittelbarer Übertragung der Rechte an den Treuhänder durch den Treugeber erfolgt. Heymann (S. 45) nennt bei Erwerb vom Dritten als möglichen Ausweg eine suspensiv bedingte Rechtsübertragung mittels constitutum possessorium zwischen Treuhänder und Treugeber. Hier erwirbt also der Treuhänder das Treugut zunächst unbedingt vom Dritten und überträgt dann mittels constitutum possessorium gemäß § 930 dem Treugeber Eigentum am Treugut mit der aufschiebenden Bedingung, daß dieser bei einer dem Treuhandzweck zuwiderlaufenden Verfügung das Eigentum erlangen solle.

[7]) Heymann S. 46.

[8]) Ebenso z. B. Staudinger Bd. 1 S. 552.

Als Ergebnis der Untersuchung dieses Abschnitts können wir feststellen, daß, abgesehen von der Treuhänderschaft römischrechtlicher Gestaltung, im heutigen Recht auch die deutschrechtliche vorkommen kann. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß bei letzterer der Treuhänder ohne weiteres resolutiv bedingtes Eigentum erhält, die Hinzufügung einer solchen Bedingung ist vielmehr im einzelnen Falle besonders zu beweisen.[9]) Diese Hinzufügung kann wie jede andere Willenserklärung natürlich auch stillschweigend erfolgen, sie muß aber tatsächlich geschehen sein. Je mehr sich bestimmte Typen der Treuhand entwickeln, werden ja auch derartige Nebenbestimmungen als stillschweigend hinzugefügt anzunehmen sein.[10]) Die Schultzesche Behauptung,[11]) daß bei Auslegung der Parteiabsicht die Vermutung für die deutsche Treuhänderschaft spreche, darf aber immer nur eine Beweisregel bleiben.

---

[9]) Ebenso Heymann S. 46; Schöny S. 20f.; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 701 Anm. 1; dagegen scheinbar Schlegelmilch S. 37.

[10]) Heymann S. 47.

[11]) Schultze S. 103.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Kara, wurde am 25. September 1887 in Görlitz geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte das Städtische Realgymnasium in Görlitz und verließ dasselbe Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar vier Semester in Berlin, die beiden letzten in Breslau. Am 26. Januar 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde nach meiner am 18. Februar 1911 erfolgten Ernennung zum Referendar vom 1. März 1911 ab dem Amtsgericht in Niesky O/L., vom 31. Dezember 1911 ab dem Landgericht in Görlitz zur Beschäftigung im Vorbereitungsdienst überwiesen. Am 27. Juni 1912 bestand ich vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit 1. Oktober 1912 diene ich als Einjährig-Freiwilliger im Infanterie-Regiment v. Courbière (2. Pos.) Nr. 19 in Görlitz.